

OMSORGSOVERTAKELSE – BARNEVERNLOVEN § 4-12



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 749

Leveringsfrist: 25.4.2010

(* regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 15 986 ord

19.04.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Introduksjon, problemstilling og avgrensing av temaet	1
1.2	Rettslig plassering	2
1.3	Rettskilder	3
1.4	Forholdet til menneskerettighetene	5
1.5	Fremstillingen videre	7
<u>2</u>	<u>PRINSIPPER OG UTGANGSPUNKTER</u>	<u>7</u>
2.1	Det biologiske prinsipp	7
2.2	Legalitetsprinsippet	10
2.3	Minste inngreps prinsipp	10
2.4	Barnets beste	11
<u>3</u>	<u>KORT OM DET PROSESSUELLE OG RETTSSIKKERHET</u>	<u>16</u>
<u>4</u>	<u>OMSORGSOVERTAKELSE – BARNEVERNLOVEN § 4-12</u>	<u>20</u>
4.1	Om omsorgsovertakelse	20
4.2	Barnevernloven § 4-12	23
4.2.1	Innledning	23
4.2.2	§ 4-12 (1) litra a	26
4.2.3	§ 4-12 (1) litra b	32
4.2.4	§ 4-12 (1) litra c	37

4.2.5	§ 4-12 (1) litra d	41
4.2.6	§ 4-12 (2)	45
4.2.7	Helhetsvurdering/ barnets beste vurdering	50
<u>5</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>51</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>53</u>

1 Innledning

1.1 Introduksjon, problemstilling og avgrensing av temaet

Det er en grunnleggende tanke i vårt samfunn at det er foreldre skal som oppdra sine barn og at barn har det best hos sine foreldre. I noen tilfeller er det dessverre slik at barn ikke har det best hos foreldrene. Her kommer barnevernet inn. Barnevernloven av 17. juli 1992 nr. 100 (heretter bvl) er den sentrale loven på dette området.

Barnevernlovens formål er å sikre at barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling, får nødvendig hjelp og omsorg til rett tid, samt å bidra til at barn og unge får trygge oppvekstvilkår, jf § 1-1. Barnevernloven skal sikre at barn ikke blir utsatt for skadelige omsorgs- og oppvekstforhold.

Barnevernloven gjelder overfor alle som oppholder seg i riket, jf § 1-2. Dette vil si at tiltak kan iverksettes også overfor noen som oppholder seg her midlertidig, men ikke bor her. Akuttvedtak kan f.eks. settes inn overfor noen som kun er her på ferie, mens det kreves et mer langvarig opphold ved iverksetting av mer omfattende tiltak, som f.eks. omsorgsovertakelse.¹

Iverksatte tiltak overfor noen som bor i Norge, avbrytes ikke fordi familien drar på ferie eller andre kortvarige turer til utlandet. Annerledes blir det dersom barnet oppholder seg i utlandet over lengre tid. Saken kan imidlertid tas opp igjen når barnet returnerer til Norge.

Tiltak etter bvl. kan treffes overfor barn under 18 år, jf. § 1-3. I visse tilfeller kan tiltak som er påbegynt før fylte 18 år, fortsette frem til fylte 23 år, jf. § 1-3(2).

¹ NOU 1985:18 s. 26 og Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 18

Selv om det ikke fremgår uttrykkelig, følger det av lovens system at barnet må være født. Kun med samtykke fra moren kan tiltak iverksettes før barnet er født. Det finnes unntak overfor gravide rusmiddelmisbrukere, men det faller utenfor oppgaven å behandle dette.

Først og fremst setter barneverntjenesten inn hjelpetiltak med samtykke fra foreldrene. I de tilfellene hvor samtykke ikke foreligger, kan barneverntjenesten gjøre inngrep dersom nærmere angitte vilkår er oppfylt.

Tall fra Statistisk sentralbyrå² viser at rundt 44 200 barn og unge mottok tiltak fra barnevernet i 2008. 36 300 av disse mottok hjelpetiltak. Dette viser at en forholdsvis liten andel av barnevernsakene ender med omsorgsovertakelse. De fleste sakene løses før man kommer så langt.

I denne oppgaven er hovedfokuset en gjennomgang av de materielle reglene for omsorgsovertakelse etter bvl § 4-12, dvs. spørsmålet om omsorgen skal fratas de biologiske foreldrene.

Andre bestemmelser i loven som gjelder omsorgsovertakelse eller tiltak etter bvl kapittel 4, faller utenfor oppgaven, og vil kun bli berørt dersom de har betydning for å belyse en aktuell problemstilling.

1.2 Rettslig plassering

Barnevernretten gjelder forholdet mellom stat og borger, og er dermed offentlig rett, nærmere bestemt spesiell forvaltningsrett. Dette betyr at forvaltningsloven av 10. februar 1967 vil ha betydning innenfor barnevernretten. Den må imidlertid suppleres og presiseres av barnevernloven, jf. bvl § 6-1.

² www.ssb.no

1.3 Rettskilder

Det er en rekke ulike rettskilder som er aktuelle når man skal se på de materielle vilkårene for omsorgsovertakelse.

Den mest sentrale rettskilden, og det naturlige utgangspunktet, er barnevernloven av 17. juli 1992 nr. 100 (bvl). Lovens ordlyd er etter alminnelig rettskildelære alltid utgangspunktet. Også andre lover kan være aktuelle, slik som forvaltningsloven av 10. februar 1967 (fvl.) og barneloven av 8. april 1981 nr. 7 (bl.).

§ 4-12 inneholder elementer av skjønn, jf. pkt. 3, og derfor kan ordlyden være uklar. Lovens ordlyd er derfor ikke alltid tilstrekkelig til å løse alle tolkningsspørsmål som måtte oppstå. Det kan derfor være behov for å trekke inn andre rettskilder for å klarlegge innholdet i bestemmelsen.

Forarbeider er en sentral rettskilde, som det vil være relevant å legge vekt på. Relevansen vil avhenge av alderen og klarheten i forarbeidene, men å trekke inn forarbeidene kan bidra til å klargjøre en del tolkningsspørsmål. Alt kan ikke detaljreguleres i loven, da ville loven bli for tung og vanskelig å anvende. I forhold til barnevernloven som inneholder en del skjønnsmessige begreper, kan forarbeidene ha stor rettskildemessig verdi.

De mest sentrale forarbeidene innen barnevernretten er NOU 1985:18 Lov om sosiale tjenester mv., Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) Om lov om barneverntjenester og Innst.O.nr. 80 (1991-1992) Innstillingen fra forbruker- og administrasjonskomiteen. Sistnevnte vil ved anvendelsen av barnevernloven ha større betydning enn en komiteinnstilling vanligvis har, ettersom komiteen foretok en del klare endringer i forhold til proposisjonen.

Det hender at det foreligger utredninger som er foretatt i etterkant av en lovs vedtakelse og ikrafttredelse, gjerne etter at loven har fungert noen år. Slike etterarbeider har mindre rettskildemessig vekt enn forarbeidene. Dersom lovgiver ønsker å endre kursen på rettsanvendelsen, har de mulighet til dette gjennom lovendring, ikke gjennom politiske

utredninger. En annen sak er at slike etterarbeider kan si noe om hvordan loven fungerer i praksis og hvordan situasjonen er på et enkelt rettsområde på et aktuelt tidspunkt.

I forhold til barnevernloven er det særlig St.mld.nr. 39 (1995-1996) Om barnevernet og NOU 2000:12 Barnevernet i Norge som er aktuelle etterarbeider. Disse utredningene kan bidra med en del nyttige opplysninger om barnevernet og praktiseringen av barnevernloven.

Rettspraksis er også en relevant rettskilde. Dette gjelder særlig rettspraksis fra Høyesterett. Vekten av den enkelte dom må alltid vurderes ut fra bl.a. hvor gammel dommen er, om saksforholdet ligner på det foreliggende, hvilken instans som har avsagt dommen og om det var dissens. Barnevernsaker er ofte svært konkrete, og kan egne seg dårlig til å belyse prinsipielle spørsmål. Dommer vil likevel kunne gi veiledning rundt forståelsen av loven, samt eksemplifisere hva som kan falle inn under de ulike alternativene i loven.

Barnevernloven av 1992 tok ikke sikte på å foreta noen vidtgående endringer i rettstilstanden. Rettspraksis rundt barnevernloven av 1953 vil derfor fortsatt være aktuell. Dette ble bl.a. uttalt i Rt. 1996 s. 1203 på s. 1207. Jeg skiller derfor ikke mellom avgjørelser avsagt i forhold til gammel og ny lov.

I barnevernsaker vil det kunne være aktuelt å trekke inn praksis fra fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker. De fleste barnevernsaker blir ikke anket videre herfra, og praksis fra fylkesnemnda kan gi et godt bilde av hvordan regelverket anvendes og tolkes i praksis. Rettskildemessig har fylkesnemndas vedtak mye mindre vekt enn en dom. Et vedtak fra fylkesnemnda kan likevel bidra til å klargjøre tolkningen av loven, da vedtakene som regel er meget grundigere og ofte går mer i dybden enn praksis fra domstolene. Selv om domstolene i barnevernsaker kan prøve alle sider av saken etter tvisteloven (tv1) av 17. juni 2005 nr. 90 kapittel 36, er det ikke alltid at alle sider av saken er oppe for retten. Fylkesnemndas saker kan altså bidra til å gi et mer helhetlig bilde av hvordan reglene anvendes i praksis.

I denne oppgaven vil jeg bruke praksis for å belyse hvordan vilkårene i bvl § 4-12 er tolket i praksis. Det er da særlig høyesterettspraksis som er aktuell. Jeg vil også se på praksis fra fylkesnemnda, for å gi eksempler på hvilke problemstillinger som er aktuelle og vanskelige i praksis. Søk på Lovdata gir en rekke treff på både dommer og vedtak rundt § 4-12. De fleste dreier seg om litra a. Når det gjelder fylkesnemndspraksis har jeg stort sett, med noen unntak, holdt meg til et mer eller mindre tilfeldig utvalg av praksis fra de siste par årene, da omfanget er for stort til å gå for langt tilbake i tid.

1.4 Forholdet til menneskerettighetene

Internasjonale rettskilder vil også ha betydning. Gjennom menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr. 30 §§ 2 og 3 er fire konvensjoner gjort til norsk rett og skal ved motstrid med intern rett gis forrang. Disse er den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK), FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) og FNs barnekonvensjon (BK). Dette innebærer at praksis rundt disse konvensjonene vil kunne være aktuell. Dette gjelder særlig praksis rundt EMK, da denne konvensjonen er den eneste av disse fire som har en "egen" veletablert domstol, EMD. I forhold til BK avgir statene regelmessig rapporter. En komité kommer med anbefalinger tilbake til statene. Disse anbefalingene er ikke bindende for statene, men de fleste velger å etterleve dem i praksis.

Innen barnevernretten er det særlig EMK og BK som har betydning. Det er skrevet mye om menneskerettighetene og forholdet mellom norsk og internasjonal rett. Det er i denne oppgaven ikke rom for å gå dypt inn i disse problemstillingene. I det følgende vil EMK og BK derfor kun kort behandles og trekkes inn i fremstillingen der det er naturlig.

I barnevernsaker er det særlig EMK art. 8 som påberopes. Art. 8 verner retten til respekt for privatliv og familieliv. Et vedtak om omsorgsovertakelse innebærer i utgangspunktet et inngrep i denne rettigheten. Spørsmålet for EMD er stort sett hvorvidt unntak fra denne rettigheten kan godtas i det enkelte tilfellet. For at det skal være tilfellet, må inngrepet være i samsvar med lov, beskytte et av visse nærmere angitte formål, samt være nødvendig i et

demokratisk samfunn. EMK gjelder både i forhold til voksne og barn. EMDs praksis vil trekkes inn der den er egnet til å belyse aktuelle problemstillinger.

Norge har en dom mot seg i EMD, den såkalte Adele Johansen-saken.³ Saken gjaldt både omsorgsovertakelse, samvær og adopsjon. Det var i forhold til adopsjon og samvær Norge ble dømt, det ble ikke funnet brudd på konvensjonen når det gjaldt omsorgsovertakelse. EMD fant at det ikke var noe galt med reglene i seg selv, norsk lovgivning var i overensstemmelse med menneskerettighetene. Det var praktiseringen av reglene som førte til brudd på EMK.

Adele Johansen-saken var oppe for norsk rett etter barnevernloven av 1953. Vilkårene i 1992-loven er klarere og mer presist formulert enn i 1953-loven. Siden EMD uttalte at norsk rett var i samsvar med EMK etter 1953-loven, må det antas at norsk rett fortsatt er i samsvar med EMK på dette punkt. Høyesterett uttaler i Rt. 2002 s. 875⁴ at norsk rett er i samsvar med EMK for så vidt gjelder omsorgsovertakelse/ tilbakeføring.

Barnekonvensjonen art. 3 oppstiller barnets beste som et grunnleggende hensyn i alle saker som berører barn (dette betyr at også andre hensyn kan være relevante). Selv om barnets beste også uttrykkelig er regulert i bvl. så har det en viktig symboleffekt at hensynet også følger av en overordnet konvensjon som BK, som gjelder på alle områder, for alle barn, ikke bare innen barnevernet.

På samme måte som norsk rett er i samsvar med EMK, forutsettes den også å være i samsvar med BK, uten at motstridsspørsmålet har kommet helt på spissen i disse tilfellene. Motstridsspørsmålet blir litt annerledes i forhold til BK enn EMK, ettersom en komité her avgir anbefalinger til statene basert på statenes rapporter, mens EMD tar stilling til en konkret sak i forhold til EMK. Brudd konstateres derfor ikke alltid like klart i forhold til BK som EMK.

³ Johansen v. Norway

⁴ Rt. 2002 s. 875 s. 879

1.5 Fremstillingen videre

I det følgende vil jeg i pkt. 2 behandle noen sentrale prinsipper i barnevernretten. Deretter vil jeg i pkt. 3 si noe om rettssikkerhetsbetraktninger og det prosessuelle rundt en omsorgsovertakelse, før jeg i pkt. 4 behandler de materielle vilkårene i bvl § 4-12. Sistnevnte utgjør hoveddelen av oppgaven.

2 Prinsipper og utgangspunkter

I dette punktet vil jeg gå gjennom noen prinsipper som står sentralt i barnevernretten. Disse prinsippene oppstiller viktige utgangspunkter i alle barnevernsaker, og vil alltid komme inn i vurderingene som foretas. Alle prinsippene og utgangspunktene må sees i sammenheng og balanseres i forhold til hverandre. Prinsippene kan i visse tilfeller være motstridende. I tillegg til at prinsippene alltid må vurderes, må vilkårene i § 4-12 være oppfylt.

Barnevernloven er langt på vei basert på disse prinsippene, og loven forsøker å ivareta alle sider av prinsippene. Det er derfor nær sammenheng mellom prinsippene og lovens vilkår.

2.1 Det biologiske prinsipp

Det biologiske prinsipp innebærer at barn så langt som mulig skal vokse opp hos sine biologiske foreldre. Det antas som den store hovedregel at dette er det beste for barnet, og bare i særlige tilfeller skal man gjøre unntak fra dette. Foreldrene får som følge av prinsippet en rett og plikt til å utøve omsorgsansvaret.

Prinsippet har ikke kommet uttrykkelig frem i lovteksten. Det følger imidlertid av lovens system at når strenge vilkår må være oppfylt for å skille barn og foreldre, er det biologiske prinsipp utgangspunktet og hovedregelen. Det å skille barn og foreldre mot deres vilje er noe av det mest inngripende et menneske kan bli utsatt for, og det skal derfor mye til før dette kan skje.

Det følger også av rettspraksis at det biologiske prinsipp er sentralt. Høyesterett bruker begrepet ”det biologiske prinsipp” første gang i Rt. 1991 s. 668, med henvisning til Rt. 1984 s. 289.⁵ Sistnevnte er første dom hvor dette hensynet trekkes klart frem, begrepet brukes ikke uttrykkelig, men det sies at lovens utgangspunkt er at et barn bør vokse opp hos sine biologiske foreldre.⁶

I begge dommene ble resultatet tilbakeføring, delvis i strid med de sakkyndiges anbefalinger. Høyesterett veide de sakkyndige anbefalingene og de opplysninger som hadde fremkommet i saken opp mot det biologiske prinsipp.

Det følger av lovforarbeidene⁷ at målet er tilbakeføring til familien i de fleste barnevernsaker. En omsorgsovertakelse er i utgangspunktet midlertidig, noe som understreker det biologiske prinsipp. Samme sted presiseres at de tiltak som iverksettes ikke unødvendig må bryte båndene mellom barnet og de biologiske foreldrene. F.eks. har barn og foreldre som hovedregel rett til samvær etter omsorgsovertakelse, jf bvl § 4-19. Utgangspunktet er at omsorgsovertakelsen skal opphøre når det ikke lenger er grunn til å opprettholde den, jf. bvl § 4-21 som sier at omsorgsovertakelsen som hovedregel skal oppheves når det er overveiende sannsynlig foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg. I rettspraksis presiseres også at en omsorgsovertakelse i utgangspunktet er midlertidig, jf bl.a. Adele Johansen-saken.⁸

Ved lovendring i 2009 ble tilbakeføringsbestemmelsen i § 4-21 endret, ved at beviskravet for tilbakeføring ble skjerpet. Det kreves nå at det er overveiende sannsynlig at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg for at tilbakeføring kan finne sted.⁹ Dette innebærer en

⁵ Rt. 1991 s. 668 s. 674

⁶ Rt. 1984 s. 289 s. 297

⁷ Innst.O.nr. 80 (1991-1992) s. 6

⁸ Johansen v. Norway, avsn. 78

⁹ Ot.prp.nr. 69 (2008-2009) s. 25

innstramming i forhold til tidligere, da det nå kreves mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Det uttales i forarbeidene at endringen ikke ”rykker ved barnevernlovens biologiske prinsipp, det minste inngreps prinsipp og prinsippet om barnets beste”.¹⁰ I praksis vil nok endringen kunne føre til at barnets beste blir tillagt ytterligere vekt, samtidig som det biologiske prinsipp vil kunne få mindre vekt. Utgangspunktet er som før at en omsorgsovertakelse skal være midlertidig, men det blir med denne endringen vanskeligere å få omsorgen tilbakeført, og dette vil kunne svekke det biologiske prinsipp. Det understrekes likevel i forarbeidene at det skal foretas en ”konkret skjønnsmessig vurdering”¹¹ i hver enkelt sak.

Det biologiske prinsipp underbygges av minste inngreps prinsipp. Dersom det f.eks. kan iverksettes hjelpetiltak, skal dette prøves før man evt. tar barnet bort fra foreldrene. Kun som en siste utvei skal man skille barn og foreldre. I forarbeidene uttales det at ”hjelp primært skal gis i hjemmet, og plassering skal være siste alternativ”.¹² Dette er en uttalelse som underbygger at det biologiske prinsipp er utgangspunktet. Jeg vil komme nærmere tilbake til minste inngreps prinsipp i pkt. 2.3.

Det biologiske prinsipp gjelder ikke uten begrensninger. Det må sees i nær sammenheng med prinsippet om barnets beste, jf bvl § 4-1. Hensynet til barnets beste kan føre til at det biologiske prinsipp i visse tilfeller må vike, uten at det nødvendigvis er noen direkte motstrid mellom de to prinsippene. Barnevernloven er først og fremst en lov som skal sikre at barn og unge vokser opp under gode og trygge forhold. Den nærmere grensen mellom det biologiske prinsipp og barnets beste vil jeg komme tilbake til i pkt. 2.4.

¹⁰ Ot.prp.nr. 69 (2008-2009) s. 20

¹¹ Ot.prp.nr. 69 (2008-2009) s. 20

¹² Innst.O.nr. 80 (1991-1992) s. 15

2.2 Legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet er et generelt forvaltningsrettslig prinsipp, som er ulovfestet, men slått fast gjennom langvarig praksis.¹³ Legalitetsprinsippet går ut på at inngrep i borgernes rettssfære krever hjemmel i lov. Omsorgsovertakelse er et slikt inngrep som krever hjemmel i lov, bl.a. fordi det ikke foreligger samtykke fra dem som rammes. Det å skille barn og foreldre er svært inngripende, og det rammer på det mest sårbare området i livet.

Med ”hjemmel i lov” siktes bl.a. til formell lov. Det må være klart at bvl § 4-12 oppfyller kravet til hjemmel. Dette til tross for at det til en viss grad blir utøvd skjønn ved anvendelsen av bestemmelsen, jf. pkt. 3 om rettssikkerhet.

Vedtak om omsorgsovertakelse retter seg normalt mot en eller to personer, dette må sies å være ”borgere” i den betydningen begrepet brukes i legalitetsprinsippet.

Et vedtak om omsorgsovertakelse ligger også innenfor det man kaller ”borgernes rettssfære”. Det rammer et område som står den enkelte nær og oppleves som svært personlig. Det vil ved omsorgsovertakelse skje endringer i den enkeltes rettsstilling som oppleves svært inngripende og byrdefulle.

Legalitetsprinsippet gjelder i barnevernretten som i hele forvaltningsretten. Det er sentralt at inngrepet og den faktiske situasjonen har dekning i lovens vilkår. Til tross for de skjønnsmessige vilkårene i § 4-12, er ikke legalitetsprinsippet spesielt problematisk i praksis på dette området. Det kommer her litt i skyggen av det biologiske prinsipp, minste inngreps prinsipp og barnets beste.

2.3 Minste inngreps prinsipp

Minste inngreps prinsipp er et annet sentralt forvaltningsrettslig prinsipp. Det går ut på at man først skal prøve eller i alle fall vurdere de minst inngripende tiltakene eller den mildeste løsning. Dersom resultater kan oppnås på denne måten, er dette det beste. Det er

¹³ Tvedt (2005), s. 22

først når slike tiltak ikke gir resultater eller er åpenbart nytteløse, man kan ty til mer inngripende tiltak. Det er ikke adgang til å bruke mer inngripende tiltak enn det som er nødvendig.

Et eksempel på dette er at man alltid skal vurdere hjelpetiltak før en omsorgsovertakelse etter bvl, se § 4-12(2). Se mer om denne bestemmelsen i pkt. 4.2.6. Dersom de problemene som har utløst en reaksjon fra barnevernet kan avhjelpes med hjelpetiltak, anses dette bedre for alle parter enn et vedtak om omsorgsovertakelse. Dette er også i tråd med det biologiske prinsipp. Som nevnt følger det av forarbeidene at ”hjelp primært skal gis i hjemmet, og plassering skal være siste alternativ”.¹⁴

Hjelpetiltak etter bvl reguleres av bvl § 4-4, men det faller utenfor denne oppgaven å gå nærmere inn på dette.

Minste inngreps prinsipp henger også sammen med legalitetsprinsippet. Fordi inngrepet som regel føles meget inngripende overfor den som rammes og derfor krever hjemmel i lov, er det viktig at inngrepet begrenses så mye som mulig.

2.4 Barnets beste

Det viktigste og mest sentrale prinsippet innenfor barnevernretten er hensynet til barnets beste. Hensynet følger direkte av bvl § 4-1 og står som en overordnet retningslinje for alt barnevernet foretar seg, særlig når det iverksettes tiltak etter bvl kapittel 4. Under lovforberedelsen ble viktigheten av en slik ”faneparagraf” presisert.¹⁵ Barnets beste er også forankret internasjonalt, gjennom Barnekonvensjonen art. 3. Siden barnets beste er så sentralt innen barnevernretten, vil det bli behandlet litt mer inngående enn de øvrige prinsippene.

¹⁴ Innst.O.nr. 80 (1991-1992) s. 15

¹⁵ Innst.O.nr. 80 (1991-1992) s. 13

Barnets beste er ikke et klart avgrenset begrep. Hva som nærmere bestemt ligger i begrepet kan ikke bestemmes generelt. Det må avgjøres konkret i hver enkelt sak hva som er det beste for det enkelte barn. Dette kan slå ulikt ut, f.eks. kan det beste for noen være å bli hos foreldrene sine, mens plassering utenfor hjemmet vil kunne være det beste for andre barn.

Barnets beste skal etter § 4-1 gis ”avgjørende vekt”. Det betyr ikke at det er det eneste hensynet av betydning i barnevernsaker, men det kan bety at andre prinsipper og hensyn må vike. Dette er naturlig sett i sammenheng med lovens formål i § 1-1. Barnevernloven tar først og fremst sikte på å gi barn en god og trygg oppvekst. Barnets beste vil – og skal – alltid være et sentralt og viktig moment i avgjørelser etter barnevernloven.

Prinsippet om barnets beste gjelder ikke uten begrensninger, det kommer først til anvendelse der det etter loven er adgang til å iverksette tiltak. Barnets beste tillater ikke at man iverksetter tiltak uten hjemmel, alle vilkårene i loven må alltid være oppfylt for at tiltak kan iverksettes, jf. legalitetsprinsippet. Barnets beste kan ikke i seg selv hjemle tiltak, dersom lovens vilkår ikke er vurdert eller oppfylt. Dersom det er adgang til tiltak, vil barnets beste imidlertid være avgjørende for hvilke tiltak som skal iverksettes, og om tiltakene i det hele tatt skal settes i gang. Innenfor de rammene loven oppstiller, er barnets beste helt avgjørende ved skjønnsutøvelsen.

Etter bvl § 4-1 2.pkt skal det legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen. Disse momentene er ikke uttømmende, jf. begrepet ”herunder”. Momentene ble under lovforberedelsen imidlertid ansett som så viktige og sentrale, at man ønsket å fremheve dem særskilt i lovteksten¹⁶. Det må uansett foretas en konkret, skjønnsmessig helhetsvurdering av barnets beste i hvert enkelt tilfelle. Hensynet til kontinuitet i omsorgen vil spille en rolle både ved spørsmål om omsorgsovertakelse, og ved spørsmål om tilbakeføring. Barnets behov for stabil og god voksenkontakt kan tilsi at kontakten med de biologiske foreldrene opprettholdes etter omsorgsovertakelse.¹⁷ Dette

¹⁶ NOU 1985:18 s. 146 og Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 28

¹⁷ Innst.O.nr. 80 (1991-1992) s. 13

følger også av det biologiske prinsipp. Hensynet kan imidlertid også slå motsatt ut, barnets behov for stabil og god voksenkontakt kan tilsi at barnet og de biologiske foreldrene bør ha begrenset kontakt etter en omsorgsovertakelse. Det må foretas en konkret vurdering i hver enkelt sak.

I vurderingen av hva som er barnets beste skal det bare legges vekt på de momenter som har betydning for barnet, det skal f.eks. ikke legges vekt på hensynet til foreldrene dersom de har interesser som strider mot barnets.¹⁸ Dette følger allerede av bvl § 4-1 som sier at det skal legges ”avgjørende vekt” på barnets beste, og det er også slått fast i rettspraksis, jf. bl.a. Rt. 1984 s. 77.¹⁹

Saken gjaldt krav om tilbakeføring etter omsorgsovertakelse, og de sakkyndige hadde konkludert med at det ville være best for gutten å bli i fosterhjemmet. Foreldrene hevdet at de hadde en selvstendig interesse i å få omsorgen for barnet tilbakeført, selv om dette kunne stride mot barnets beste. Høyesterett gikk ikke nærmere inn på anførselen, men slo kort fast at dersom tilbakeføringen ville kunne være til skade for barnet, så måtte foreldrenes interesse vike for barnets beste.

Foreldrene vil alltid ha et visst vern om sin egeninteresse gjennom EMK art. 8 om retten til familieliv. EMDs dom i saken Bronda mot Italia²⁰ illustrerer imidlertid at hensynet til barnets beste er altoverskyggende. I denne saken ble hensynet til barnets beste underbygget av den 14 år gamle jentas klare motvilje mot å flytte hjem til den biologiske familien. Etter EMK skal det normalt mye til for å gjøre unntak fra de rettighetene som er vernet av konvensjonen. Dette kan stille seg annerledes i barnevernsaker, ettersom det er barnets beste som tilsier at det må gjøres unntak fra rettighetene.²¹ Saken Bronda mot Italia illustrerer på en god måte hvor stor vekt EMD legger på barnets beste. Det samme kommer

¹⁸ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 28 og NOU 1985: 18 s. 145

¹⁹ Rt. 1984 s. 77 s. 81

²⁰ Bronda v. Italy, avsn. 59.

²¹ Loftsgaard (2003) s. 78

frem i Adele Johansen-saken.²² Der uttales at det må finnes en rimelig balanse mellom barnets interesse i å forbli i offentlig omsorg og foreldrenes interesse i å få barnet tilbakeført. Det skal her legges spesiell vekt på hva som er best for barnet, noe som kan føre til at foreldrenes interesse settes til side. Dette gjelder særlig dersom det er snakk om fare for barnets helse og utvikling.

Barnets beste er et hensyn som må veies mot andre hensyn som gjør seg gjeldende i den enkelte sak, men det er en annen vurdering enn hva som konkret er barnets beste.

Det er nær sammenheng mellom barnets beste og det biologiske prinsipp. Prinsippene er ikke nødvendigvis motstridende, da det av og til kan være best for barnet å bo borte fra foreldrene. De fleste tiltak etter barnevernloven skjer i tillegg med samtykke fra foreldrene, samt at enhver omsorgsovertakelse i utgangspunktet er midlertidig. Det ligger hele tiden i bakgrunnen at omsorgen om mulig skal tilbakeføres, fordi utgangspunktet er at det er barnets beste å vokse opp hos sine biologiske foreldre.

De to prinsippene er selvstendige momenter i en helhetsvurdering, og det kan hende at det er motstrid mellom dem. Da vil fanebestemmelsen i bvl § 4-1 komme inn, og foreldrenes interesse må vike for barnets beste, jf. også Rt. 1984 s. 77, som er nevnt over. Lindboe anser de to prinsippene som to sider av samme sak, men at det biologiske prinsipp er et mer generelt hensyn og et rettslig bindende utgangspunkt, mens barnets beste knytter seg til en mer konkret vurdering i den enkelte sak.²³

I vurderingen av hva som er barnets beste, må man også ta med barnets egen mening, jf bvl § 6-3. At barnet skal få si sin mening, betyr ikke automatisk at barnets mening skal tillegges vekt. Vekten av barnets mening vil variere med barnets alder og modenhet, sakstype og andre momenter som fremkommer i saken, bl.a. hvor konsekvent barnets

²² Johansen v. Norway, avsn. 78

²³ Lindboe (2008) s. 45 og Lindboe (2003) s. 116

mening har vært over tid. At barnet skal få lov til å si sin mening er i tråd med våre internasjonale forpliktelser, jf. Barnekonvensjonen art. 12.

Høyesterettspraksis legger ikke nødvendigvis avgjørende vekt på barnets mening, selv om meningen trekkes inn som et moment i vurderingen. I Rt. 1984 s. 289 ble omsorgen for en åtte år gammel gutt tilbakeført. Gutten hadde selv gitt uttrykk for at han ønsket å bli i fosterhjemmet. Høyesterett vurderte det slik at gutten, ut fra hans alder, ikke kunne vurdere de langsiktige konsekvensene i saken.²⁴

Det finnes også eksempler på at barnets mening blir tillagt vekt, f.eks. Rt. 1990 s. 657. En 14 år gammel gutt hadde vært i fosterhjemmet siden han var ca. ett år gammel. Han ønsket å bli adoptert av fosterforeldrene, og Høyesterett fant å måtte legge betydelig vekt på hans ønske, bl.a. ut fra hans alder, samt at ønsket virket reflektert.²⁵ Også EMDs praksis legger vekt på barnets mening, jf. bl.a. Bronda mot Italia²⁶.

Det skal legges vekt på å finne løsninger som er til det beste for det enkelte barn. Hjelpen skal gis på grunnlag av hvilket behov hvert enkelt barn har, slik at hva som er barnets beste alltid må vurderes konkret i hver enkelt sak. Dette gjelder selv om barnet er sosialt mistilpasset eller har adferdsvansker. Også i disse situasjonene skal man finne en løsning som er barnets beste, man skal ikke bare plassere barnet på institusjon for å verne samfunnet. Barneverntjenesten må uansett finne løsninger som er til hvert enkelt barns beste.

Situasjonen for barnet før barnevernet kom inn i bildet må sees i forhold til hvordan det vil bli for barnet etter at tiltak er satt inn. Det skal ikke settes inn tiltak dersom dette ikke vil være barnets beste. Dette innebærer at det stilles krav til de tiltak barneverntjenesten setter i gang. Man kan ikke fjerne et barn fra de biologiske foreldrene uten å ha vurdert om barnet

²⁴ Rt. 1984 s. 289 s. 299

²⁵ Rt. 1990 s. 657 s. 659

²⁶ Bronda v. Italy, avsn. 62

får det bedre når det tas under omsorg. De tiltak barnevernet tilbyr må altså tilfredsstillende en viss kvalitet. Gjør de ikke det, kan barnets beste tilsi at barnet blir værende hos foreldrene. Det ble presisert under lovforberedelsen at barnet må få det bedre i den nye omsorgssituasjonen enn i den gamle.²⁷ Det ble her også understreket at det skal foretas en helhetsvurdering av hva som er barnets beste i hver enkelt situasjon, herunder må det vurderes hvilke negative konsekvenser en flytting vil innebære.

3 Kort om det prosessuelle og rettssikkerhet

Stort sett ethvert tiltak fra barnevernet vil oppleves som et inngrep overfor dem som rammes. Derfor står legalitetsprinsippet sterkt på dette området, se pkt. 2.2. Nært sammen med legalitetsprinsippet henger bestemmelser som skal ivareta rettsikkerheten til partene og sikre en betryggende prosess. Rettssikkerhetsbetraktninger er viktige på barnevernrettens område, fordi tiltak her innebærer inngrep på det mest personlige plan, hvor partene er særlig sårbare. Både rettssikkerhetsgarantier og legalitetsprinsippet er viktige for at borgerne skal kunne forutberegne sin rettsstilling.

Med rettssikkerhet siktes det ofte til at borgerne skal være vernet mot vilkårlighet og overgrep fra forvaltningens side når det fattes avgjørelser. Gode saksbehandlingsregler er viktig for å ivareta dette.

Det er uttalt i forarbeidene²⁸ at det ikke lar seg gjøre å formulere helt presise og klare vilkår for omsorgsovertakelse. Alle vedtak som fattes vil nødvendigvis innebære elementer av skjønnsutøvelse i større eller mindre grad, bl.a. fordi faglige vurderinger må vurderes opp mot jusen, og at ingen barnevernssaker er like. EMDs praksis godtar at

²⁷ Innst.O.nr. 80 (1991-1992) s. 5

²⁸ NOU 1985:18 s. 54 og Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 7

barnevernlovgivningen til en viss grad inneholder elementer av skjønn, jf. bl.a. Olsson mot Sverige I²⁹ og Bronda mot Italia.³⁰

Siden reglene i stor grad vil inneholde elementer av skjønn, er det viktig med gode og klare saksbehandlingsregler for å veie opp for den uforutsigbarheten de uklare vilkårene i loven kan skape. Så lenge man har klare rutiner for saksbehandlingen, godtas det at vilkårene i loven ikke er helt klare og presise.

Et av hovedmotivene bak barnevernloven av 1992, var økt rettsikkerhet.³¹ Barnevernloven ivaretar rettssikkerheten til både foreldrene og barna, selv om barnevernloven ikke er en rettighetslov. Det følger av forarbeidene at begrepet rettighetslov ikke passer på barnevernloven.³² De tiltak og inngrep barnevernloven hjemler, vil ikke nødvendigvis bli oppfattet som rettigheter av dem som rammes. Det ble derfor ansett unaturlig å kalle loven en rettighetslov. Det uttales videre at saksbehandlingsreglene er tilstrekkelige til å ivareta hensynet til barnet. At barnevernloven ikke er en rettighetslov innebærer f.eks. at man ikke kan gå til sak for å få de rettighetene man har krav på etter loven, slik man f.eks. kan etter trygdellovgivningen. Barneverntjenesten ilegges imidlertid en rekke omfattende plikter i loven, slik at loven likevel har et sterkt rettighetspreg, noe som er med på å ivareta rettssikkerheten.³³

FNs Barnekomité anbefaler i sine ”concluding observations” til Norge i 2010 at barn bør gis en individuell rett til barneverntjenester.³⁴ Diskusjonen rundt dette temaet er derfor neppe over. Barne- og likestillingsdepartementet varslet i mars 2010 at det igjen skal vurderes om barnevernloven skal gi barnet individuelle rettigheter.

²⁹ Olsson v. Sweden I, avsn. 62

³⁰ Bronda v. Italy, avsn. 54

³¹ NOU 2000:12 s. 179, Innst.O.nr. 80 (1991-1992) pkt. 2 og NOU 1985:18 s. 54

³² Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 6

³³ NOU 1985:18 s. 55

³⁴ [www.barneombudet.no /barnekonvensjonen/rettighets/arkiv/fns-barner1](http://www.barneombudet.no/barnekonvensjonen/rettighets/arkiv/fns-barner1)

En barnevernsak starter som oftest med at det kommer en bekymringsmelding til barnevernet. En slik melding kan komme fra bl.a. skole, helsevesen, politi, naboer eller familie. I denne fasen av saken skal barnevernet ut fra opplysningene i meldingen avklare om det er nødvendig med en mer omfattende undersøkelse av saken.

Dersom det er nødvendig med undersøkelser skal barnevernet foreta disse i samarbeid med barnets foreldre. Disse undersøkelsene skal ta sikte på å avklare om det er nødvendig å sette inn tiltak etter bvl kapittel 4. Først skal det settes inn aktuelle hjelpetiltak. Det er først hvis disse ikke fører frem eller vurderes som nytteløse, at det kan bli aktuelt med omsorgsovertakelse, jf. pkt. 4.2.6.2.

Det er barneverntjenesten i hver enkelt kommune som forbereder saker om omsorgsovertakelse og fremmer forslag om omsorgsovertakelse for fylkesnemnda.

Vedtak om omsorgsovertakelse skal fattes av fylkesnemnda, jf. § 4-12(3). Fylkesnemnda er et uavhengig forvaltningsorgan, med domstolspreg. Fylkesnemndas virksomhet er nærmere regulert i bvl kapittel 7. Hvem som er part i saken reguleres av forvaltningsloven § 2(1) litra e. Det vil normalt være en enkelt kommune v/ barneverntjenesten og en eller begge foreldrene. Det avgjørende er hvem av foreldrene som har foreldreansvaret. Har man ikke del i foreldreansvaret, så blir man heller ikke automatisk part i sak om omsorgsovertakelse. I visse tilfeller vil også barnet ha partsrettigheter, jf. bvl § 6-3. Dette gjelder i alle tilfeller barn over 15 år, samt barn i saker som gjelder adferdsvansker. I visse tilfeller kan fylkesnemnda bestemme at også yngre barn skal ha partsrettigheter. Partene vil oftest være representert av advokat, de private partene vil få dekket denne utgiften av det offentlige.

At man har partsrettigheter innebærer bl.a. at man har rett til dokumentinnsyn, uttalerett og rett til forhåndsvarsel. Forvaltningsloven gjelder i disse sakene, supplert av bvl.

Det er barneverntjenesten som har ansvaret for å iverksette vedtak etter loven, jf bvl § 2-1(4) litra d. På grunn av hensynet til barnets beste bør vedtak etter loven iverksettes så snart som mulig etter at partene er underrettet, selv om ikke ankefristen er utløpt. Er det f.eks. fattet vedtak om omsorgsovertakelse vil det oftest være nødvendig og riktig at dette settes i verk så snart som mulig, da det er viktig å få gjort noe med den skadelige omsorgssituasjonen raskt. Dersom man skulle vente til ankefrister var utløpt og en evt. anke avgjort, ville det kunne ta flere år før man fikk iverksatt vedtaket.

Hver av partene kan bringe fylkesnemndas vedtak inn for de ordinære domstolene etter reglene i tvisteloven kapittel 36. I slike tilfeller vil domstolene ha kompetanse til å prøve alle sider av saken, jf. tvl § 36-5. Det er forholdene på domstidspunktet som skal vurderes, ikke forholdene som forelå da fylkesnemnda traff sitt vedtak. Dette kan føre til at vurderingen for domstolene blir noe annerledes enn for fylkesnemnda.

Det at fylkesnemnda er et uavhengig forvaltningsorgan med sterkt domstolspreg og spesialkompetanse i barnevernsaker, bidrar til å øke rettssikkerheten i disse sakene. Det samme gjør muligheten for å bringe fylkesnemndas vedtak inn for de ordinære domstolene. Begge disse momentene bidrar til å skape trygghet for at avgjørelsene som treffes er materielt riktige og uavhengige. Muligheten for å få vedtaket overprøvd er viktig for partene. Det vil ofte være lettere å slå seg til ro med en avgjørelse som er lik i flere instanser.

I så og si alle barnevernsaker brukes sakkyndige vurderinger. Dette fører til at man i mange tilfeller må foreta vanskelige avveininger mellom faglige vurderinger og jus. Fylkesnemnda og domstolene skal avgjøre om lovens vilkår for omsorgsovertakelse er oppfylt. De sakkyndige er ikke jurister, ofte er de psykologer, og legger vekt på andre ting enn hva juristene gjør. De sakkyndige tar ikke nødvendigvis hensyn til vilkårene i loven når de kommer med sine uttalelser. Fylkesnemnda og domstolene får dermed en viktig og vanskelig jobb med å vurdere de barnevernfaglige vurderingene opp mot lovens vilkår. De sakkyndige kan f.eks. mene at omsorgsovertakelse bør finne sted ut fra et faglig ståsted.

Det er imidlertid ikke gitt at lovens vilkår er oppfylt av den grunn. Samtidig vil de sakkyndige vurderingene spille en viktig rolle for å belyse faktum og omsorgssituasjonen, da de sakkyndige er bedre kvalifisert til å uttale seg om det barnevernfaglige enn hva juristene er. Det er en vanskelig balansegang mellom de faglige vurderingene og jusen i hver eneste sak. De sakkyndige vurderingene legges imidlertid ofte til grunn i de juridiske vurderingene som gjøres.

Et nytt tiltak for å styrke rettssikkerheten til partene i barnevernsaker er opprettelsen av en barnesakkyndig kommisjon, jf. bvl § 2-5. Bestemmelsen trådte i kraft 1.1.10. Kommisjonen skal vurdere alle rapporter fra sakkyndige i barnevernssaker. Det er først når rapporten er vurdert av kommisjonen at den kan legges til grunn for tiltak etter bvl kapittel 4. Dette er et viktig grep for å sikre kvaliteten på disse rapportene. Det kan være betryggende for partene å vite at innholdet og kvaliteten på rapportene er vurdert av en uavhengig kommisjon. Dette kan bidra til å øke tilliten både til rapportene og til systemet.

4 Omsorgsovertakelse – barnevernloven § 4-12

4.1 Om omsorgsovertakelse

Omsorgsovertakelse innebærer at barnet flyttes fra foreldrene og at det offentlige overtar omsorgen for barnet. Barnet vil bo hos fosterforeldre eller på institusjon, som har hovedansvaret for den daglige omsorgen, jf bvl § 4-18. Omsorgsovertakelse skal kun finne sted dersom hjelpetiltak ikke fører frem.

Bvl § 4-12 er en del av lovens kapittel 4 om særlige tiltak. Dette er inngrepskapittelet i loven. § 4-1 om barnets beste er helt overordnet i forhold til ethvert tiltak eller inngrep etter kapittelet. De tiltakene barneverntjenesten kan iverksette opptrappes gradvis i fem trinn fra minst til mest inngripende, jf. minste inngreps prinsipp. De fem trinnene er: frivillig

forebyggende hjelp i hjemmet, tvungen forebyggende hjelp i hjemmet, frivillig omsorg i fosterhjem eller på institusjon, tvungen omsorg utenfor hjemmet og til sist, tvangsadopsjon.

Omsorgsovertakelse er et inngripende tiltak ettersom det bryter med det grunnleggende prinsipp om at barn skal vokse opp hos foreldrene sine. En omsorgsovertakelse er i utgangspunktet kun midlertidig, målet er at barnet på sikt skal tilbakeføres til sine biologiske foreldre.

Vilkårene for omsorgsovertakelse kan være oppfylt både der hvor barnets problemer har sammenheng med foreldrene og familiens situasjon, og der hvor problemene skyldes at barnet har adferdsproblemer.³⁵

At omsorgsovertakelse i utgangspunktet er et midlertidig tiltak, er en av begrunnelsene for at omsorgsovertakelse ikke samtidig innebærer fratakelse av foreldreansvaret. Foreldrene beholder normalt foreldreansvaret ved en omsorgsovertakelse. Et eventuelt vedtak om å frata foreldreansvaret i tillegg til omsorgen, må fattes særskilt av fylkesnemnda, jf bvl § 4-20.

Under lovforberedelsen ble det i utgangspunktet foreslått at omsorgsovertakelse automatisk skulle innebære fratakelse av foreldreansvaret.³⁶ Dette standpunktet ble ikke opprettholdt under komitébehandlingen i Stortinget³⁷, komiteen mente dette ville være for inngripende overfor dem som rammes. Det skilles derfor mellom omsorgsovertakelse og fratakelse av foreldreansvar.

Selv om omsorgsovertakelse ikke automatisk fører til fratakelse av foreldreansvaret, er tiltaket fortsatt inngripende overfor foreldrene. En omsorgsovertakelse fører til at foreldrene ikke har like mye de skulle sagt i en rekke situasjoner som de hadde før

³⁵ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 41

³⁶ NOU 1985: 18 s. 165 og Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) pkt. 4.11

³⁷ Innst.O.nr. 80 (1991-1992) pkt. 3.4.

omsorgsovertakelsen. Hoveddelen av omsorgen i det daglige utøves av andre voksne, enten fosterforeldre eller en institusjon, på vegne av barneverntjenesten. Dette gjelder både praktisk omsorg, og psykisk og fysisk omsorg. Det at barnets omsorgsbehov blir tilstrekkelig ivaretatt etter en omsorgsovertakelse er svært viktig, da det er mangler ved den omsorgen barnet har fått hittil som har ført til omsorgsovertakelsen.

Etter barneloven § 37(4) kan mor eller far som har del i foreldreansvaret, men som barnet ikke bor fast hos, ikke motsette seg avgjørelser om direkte daglig omsorg for barnet. Dette får også anvendelse etter en omsorgsovertakelse så lenge foreldreansvaret ikke er fratatt. Foreldrene kan f.eks. ikke motsette seg at barnet skal gå i barnehagen eller motsette seg de daglige rutinene i fosterhjemmet eller på institusjonen, da dette gjelder den ”direkte daglige omsorg”.

Bvl § 4-18 har for så vidt liten selvstendig betydning i forhold til hva foreldrene kan bestemme. Bestemmelsen sier bare at de blir fratatt ansvaret for den daglige omsorgen. Akkurat hva foreldrene fortsatt skal ha innflytelse over, må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle. Man må også ta hensyn til barnets selvbestemmelsesrett. Barnets mening skal tillegges økt vekt jo eldre barnet er. Barnets beste vil også være et sentralt hensyn.

I forarbeidene er adopsjon, medisinske og religiøse spørsmål nevnt som eksempler på hva foreldrene fortsatt vil kunne ha innflytelse over.³⁸ Det samme gjelder valg av skole og utdanning.³⁹ Det finnes enkelte særregler som begrenser foreldrenes innflytelsesrett også i slike spørsmål. Et eksempel er pasientrettighetsloven (prl) § 4-4. Bestemmelsen gir barneverntjenesten samtykkekompetanse på vegne av barn under 16 år i medisinske spørsmål dersom omsorgen er overtatt.

³⁸ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 49

³⁹ Innst.O.nr. 80 (1991-1992) s. 26

At foreldrene fortsatt har foreldreansvaret innebærer at de kan motsette seg adopsjon av barnet selv om de ikke har den daglige omsorgen. Skal adopsjon gjennomføres mot foreldrenes vilje, må det først treffes vedtak om fratakelse av foreldreansvaret etter bvl § 4- 20.

4.2 Barnevernloven § 4-12

I dette punktet behandles de materielle vilkårene for omsorgsovertakelse. Jeg vil se på ulike rettskilder for å klarlegge innholdet i bestemmelsen. Utgangspunktet tas i lovens ordlyd, og utdypes med andre rettskilder som forarbeider, litteratur og praksis. Jeg vil trekke inn fylkesnemndspraksis og rettspraksis, særlig fra Høyesterett, der dette er aktuelt for å belyse hvert enkelt alternativ. Valget av praksis er ikke gjort ut fra et typisk rettskildeperspektiv, ettersom fylkesnemndspraksis ikke er noen tungtveiende rettskilde. Valget er tatt for å belyse typeeksempler, og da gir praksis fra fylkesnemnda et bredere bilde av hvordan reglene anvendes i praksis enn hva domstolspraksis gjør. Praksis fra fylkesnemnda brukes ikke for å vise prinsipielle holdninger. Høyesterettspraksis er valgt ut fra et mer rettskildemessig perspektiv, for å belyse mer prinsipielle fortolkninger.

4.2.1 Innledning

Bvl § 4-12 er hjemmelen for omsorgsovertakelse. Siden omsorgsovertakelse er et meget inngripende tiltak, er vilkårene strenge. Bestemmelsen retter seg først og fremst mot de situasjonene hvor barnet bor hjemme hos foreldrene, men kan også anvendes når barnet bor hos andre. I slike tilfeller bør barneverntjenesten i første omgang henvende seg til foreldrene, for å gi dem mulighet til å rette på situasjonen (jf. minste inngreps prinsipp). Dersom forholdene hjemme hos foreldrene tilsier omsorgsovertakelse, men barnet bor hos andre, f.eks. besteforeldre, som gir forsvarlig omsorg, vil det ikke kunne treffes vedtak om omsorgsovertakelse etter § 4-12.

Bestemmelsen består for det første av fire alternative grunnvilkår i første ledd, jf. pkt.

4.2.2. – 4.2.5. Det er tilstrekkelig at ett av disse alternativene er oppfylt.

De fire alternativene i første ledd regulerer dels ulike forhold, men samtidig overlapper de i stor grad. Dersom et forhold kan falle inn under flere av alternativene, er det tilstrekkelig at vilkårene i et av alternativene er oppfylt. Man trenger da ikke å vurdere de andre alternativene som kunne vært aktuelle. Særlig litra a er så vid at mange forhold faller inn under denne, selv om de isolert sett ville oppfylt vilkårene i flere av alternativene også. Jeg vil komme tilbake til hva som ligger i hvert enkelt alternativ senere. Både rettspraksis og fylkesnemndspraksis viser at ofte vurderes kun ett av alternativene, selv om flere er påberopt, dersom vilkårene for det ene alternativet er oppfylt.

For det andre inneholder bestemmelsen et ytterligere vilkår i andre ledd, som må være oppfylt uansett hvilket av alternativene i første ledd som benyttes, jf. pkt. 4.2.6. Vedtak kan bare treffes når det er nødvendig ut fra den situasjonen barnet befinner seg i. Dette henger sammen med minste inngreps prinsipp, som fremgår klart av § 4-12(2) 2.pkt.

For det tredje skal det alltid, selv om vilkårene i første og andre ledd er oppfylt, foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering av om omsorgsovertakelse skal finne sted, jf. pkt. 4.2.7. Dette følger av 1.ledd 1.pkt: ”vedtak om å overta omsorgen for et barn *kan* treffes...”. Denne helhetsvurderingen blir ofte kalt ”barnets beste- vurderingen”, da helhetsvurderingen skal foretas ut fra hensynet til barnets beste etter bvl § 4-1. Resultatet blir ikke automatisk omsorgsovertakelse selv om vilkårene i første og andre ledd ellers er oppfylt.

Når man skal vurdere om omsorgsovertakelse skal finne sted, kan også barnets mening være et viktig moment, jf bvl § 6-3. Barnets mening er behandlet nærmere i pkt. 2.4, og det vises til denne behandlingen.

Felles for 1. ledd litra a – c er at de tar utgangspunkt i nåtidssituasjonen til barnet, det er tilstrekkelig at barnets aktuelle omsorgssituasjon nødvendiggjør en omsorgsovertakelse. Det skal ikke legges vekt på hendelser i fortiden som neppe vil skje igjen. På den annen side er det ikke unaturlig at fortiden og historien til barnet og familien vil være momenter i

helhetsvurderingen som skal foretas. Fremtiden vil også kunne være et moment i denne vurderingen, særlig når man skal vurdere nødvendigheten av tiltaket⁴⁰, men i vurderingen av litra a-c er det i utgangspunktet ikke nødvendig å vurdere fremtidssituasjonen. Ofte vil det imidlertid være en sammenheng mellom barnets aktuelle situasjon, fortid og fremtid.

Litra d gir anvisning på en litt annen situasjon. Her er det fremtidssituasjonen som skal vurderes. Også her vil fortiden og historien til barnet og familien kunne være et moment i helhetsvurderingen. Situasjonen kan være bra på det aktuelle tidspunkt, men fremtidsutsiktene kan se annerledes ut. Den konkrete vurderingen av litra d kommer jeg tilbake til i pkt. 4.2.5.

Det er den offentlige part som har bevisbyrden for at vilkårene i loven er oppfylt. Når fylkesnemnda eller retten skal ta stilling til om vilkårene i loven er oppfylt, er utgangspunktet at det kreves alminnelig sannsynlighetsovervekt for at vilkårene er oppfylt, dvs. at det mest sannsynlige faktum legges til grunn.

I visse tilfeller stilles det et strengere krav til sannsynlighet, f.eks. bvl § 4-12(1) litra d, som oppstiller en fremtidsvurdering. Fordi det ikke nødvendigvis er noe galt med barnets aktuelle situasjon, og man må spekulere i fremtiden, kreves det i disse sakene at det er ”overveiende sannsynlig” at vilkårene er oppfylt for at omsorgen kan overtas. I forhold til bvl § 4-8 som også bruker kravet ”overveiende sannsynlig”, uttales det i forarbeidene at det kreves ”høy grad av sannsynlighet”⁴¹, noe som er strengere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Når ordlyden er den samme i § 4-12(1) litra d, nemlig ”overveiende sannsynlig” og det ikke er uttalt noe særskilt om beviskravet i disse sakene, må det kunne legges til grunn at det også her kreves ”høy grad av sannsynlighet”. Jeg går mer i dybden på litra d nedenfor i pkt. 4.2.5. I forhold til litra a-c er kravet alminnelig sannsynlighetsovervekt, da det ikke er holdepunkter verken i lov eller forarbeider for å

⁴⁰ Lindboe (2008) s. 87

⁴¹ NOU 1985: 18 s. 159, Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 39 og Innst.O.nr. 80 (1991-1992) s. 19

kreve en høyere grad av sannsynlighet. Det kreves altså en høyere grad av sannsynlighet for å fastslå at vilkårene i litra d er oppfylt, enn for litra a-c.

4.2.2 § 4-12 (1) litra a

§ 4-12 (1) litra a kalles ofte for ”omsorgssvikt- alternativet”. Alternativet bestemmer at omsorgsovertakelse kan finne sted

”dersom det er alvorlige mangler ved den daglige omsorg som barnet får, eller alvorlige mangler i forhold til den personlige kontakt og trygghet som det trenger etter sin alder og utvikling.”

Det er dette alternativet som er det som favner videst av litra a-d, og som er mest brukt i praksis. En rekke forhold som kunne tenkes å falle inn under de andre alternativene, vil også falle inn under litra a. Overgangene mellom alternativene er til dels ganske flytende.

Det er ikke et krav at det kan påvises skader hos barnet. Litra a fanger dermed også opp de situasjonene der foreldrene viser at de ikke klarer å følge opp barnet på en tilfredsstillende måte⁴².

Litra a inneholder to ulike alternativer, det holder at ett av dem er oppfylt. Det første er at det foreligger alvorlige mangler ved den daglige omsorg barnet får. Det andre alternativet er at det foreligger alvorlige mangler i forhold til den personlige kontakt og trygghet barnet trenger etter sin alder og utvikling. Det første alternativet går på den fysiske, materielle og praktiske omsorgen, mens det andre går på psykisk og følelsesmessig omsorg.

I forhold til begge alternativene kreves ”alvorlige mangler”. Dette innebærer etter en naturlig språklig forståelse at ikke enhver mangel er tilstrekkelig for å begrunne omsorgsovertakelse. Det må noe mer til.

⁴² Ofstad (2009) s. 123

I forarbeidene uttales at det forutsettes en ”forholdsvis klart uholdbar situasjon”.⁴³ Ikke ethvert avvik fra det man anser som normalt eller vanlig er tilstrekkelig for omsorgsovertakelse. Det er imidlertid ikke mulig å angi helt presist hva som er vanlig eller normal omsorg, men alle barn har et grunnleggende minimumsbehov i forhold til både fysisk og psykisk omsorg, som vil variere med alderen. Dette er f.eks. mat, søvn og kjærlighet. Det kreves et relativt kvalifisert avvik fra det man anser som forsvarlig omsorg for at omsorgsovertakelse kan finne sted.

Sentralt ved det første alternativet i litra a er barns behov for et trygt sted å bo, mat, klær, helsehjelp og oppfølging i forhold til skole, barnehage o.l. og alt annet som er en naturlig del av den daglige omsorgen.

Svikt i den fysiske omsorgen som først og fremst skyldes foreldrenes økonomi, kan ikke alene begrunne omsorgsovertakelse.⁴⁴ Da skal det i første omgang settes inn hjelpetiltak, jf. minste inngreps prinsipp og § 4-4. Ofte er det nok med litt økonomisk hjelp, f.eks. til barnehage, fritidsaktiviteter eller klær, for å rette opp i forholdene på dette punkt. Dette stiller seg annerledes dersom de økonomiske forholdene sammen med en rekke andre forhold gjør det uforsvarlig å la barnet bli boende hjemme. Dette kan f.eks. være at foreldrene ikke makter å ivareta grunnleggende hygiene, matbehov, kontakt med offentlige myndigheter o.l., i tillegg til at økonomien håndteres dårlig. Da vil det kunne hjelpe lite å sette inn økonomiske hjelpetiltak. Dersom det settes inn økonomiske hjelpetiltak, skal ikke dette gå på bekostning av eller være en erstatning for annen økonomisk sosialhjelp.⁴⁵

Det andre alternativet i litra a gjelder den psykiske og følelsesmessige omsorgen. Personlig kontakt og trygghet kan ofte dekke samme forhold. Det er derfor som regel ikke nødvendig å ta stilling til om det er det ene eller det andre begrepet som vurderes. Det er den

⁴³ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 110

⁴⁴ NOU 1985:18 s. 156

⁴⁵ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 33

personlige kontakt og trygghet hvert enkelt barn trenger ut fra sin alder og utvikling som er det sentrale. Det må foretas en konkret vurdering i forhold til hvert enkelt barn når det skal avgjøres hva barnet trenger av psykisk og følelsesmessig omsorg. Alle barn har imidlertid et visst grunnleggende minimumsbehov for psykisk og følelsesmessig omsorg. Ut over dette vil det variere med barnets alder og utvikling om det stilles særskilte krav til omsorgen. En toåring og en tiåring stiller ulike krav til den omsorgen foreldrene gir uten at de nødvendigvis har spesielle behov. Det kan også være at barnet er litt sent utviklet, fysisk eller psykisk og har behov for spesiell oppfølging og hjelp i forhold til dette.

Det følger av forarbeidene⁴⁶ at annet alternativ i litra a for det første dekker situasjoner hvor det foreligger en følelsesmessig avvisning av barnet eller en situasjon hvor foreldrene ikke klarer å dekke barnets kontaktbehov. Sistnevnte kan f.eks. foreligge der barnet er psykisk utviklingshemmet, og dermed har økte omsorgs- og kontaktbehov. Begrepene dekker også situasjoner hvor det f.eks. er vold i hjemmet som skaper fysisk eller psykisk utrygghet. Dersom volden er rettet direkte mot barnet, vil det være mer naturlig å vurdere forholdet under litra c. Litra a vil være mest aktuell der det foreligger vold e.l. mellom foreldre eller andre familiemedlemmer, men som barnet er vitne til eller indirekte utsatt for. Inn under det andre alternativet i litra a faller også psykiske lidelser hos foreldrene som kan skape utrygghet hos barnet fordi dette kan føre til en usikker og utrygg omsorgssituasjon, f.eks. må barna kanskje stille opp mer i hjemmet enn hva som er forsvarlig ut fra bl.a. alder.

Barnevernloven av 1953 hadde en egen bestemmelse om barn som rent faktisk ikke hadde noen forsørger, f.eks. fordi foreldrene var døde. Noen tilsvarende bestemmelse finnes ikke i gjeldende lov. Det er imidlertid antatt i forarbeidene at litra a gjelder i forhold til barn som ingen tar seg av.⁴⁷ Dersom f.eks. slektninger på en forsvarlig måte tar seg av et barn som har blitt foreldreløst, foreligger ikke grunn til omsorgsovertakelse. Det er først dersom ingen tar seg av barnet at barneverntjenesten kommer inn i bildet. Når det gjelder enslige,

⁴⁶ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 110

⁴⁷ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 43

mindreårige asylsøkere, reguleres deres situasjon av bvl kapittel 5 A. Det ligger imidlertid utenfor oppgaven å behandle disse reglene.

Litra a er altså relativt vid, og rommer en rekke ulike typetilfeller. Det er imidlertid særlig fire situasjoner som synes typiske ut fra praksis.⁴⁸ Jeg skiller her ikke mellom de to alternativene i litra a. Jeg vil illustrere typetilfellene med eksempler fra rettspraksis og fylkesnemndspraksis.

Den første situasjonen er barn med evnemessige eller psykiske problemer, og som dermed har et særlig omsorgsbehov, mens foreldrene er umodne eller tilbakestående.

I Rt. 1982 s. 764 var både foreldrene og barnet psykisk utviklingshemmet. Gutten var seks år, men lignet mer på en treåring i utvikling og væremåte. Han hadde utviklingsmuligheter, men det ville kreve stimulering og hjelp til løsrivelse. Foreldrene hadde enda et barn som var meget krevende, og dermed ble muligheten til å ta seg av gutten ytterligere begrenset. Vedtaket om omsorgsovertakelse ble opprettholdt.

Rt. 1994 s. 568 gjaldt to psykisk utviklingshemmede barn, de lå på ca. 50 % og 70 % av normal utvikling, og hadde spesielle omsorgsbehov som foreldrene ikke klarte å ivareta. Moren var uten selvstendig evne til å gi barna den omsorgen de trengte, mens faren hadde så spesielle og sterke meninger om barnas utvikling og hjelpeapparatets intensjoner, at disse meningene ville stå i veien for den nødvendige hjelpen barna hadde behov for. Barna ville ha et særlig omsorgsbehov i mange år, og det var ingen utsikt til bedring i foreldrenes omsorgsevne. Vedtaket om omsorgsovertakelse ble opprettholdt.

I saken FNV 2009-327-OSL hadde moren svak kognitiv fungering og egne permanente hjelpebehov, bl.a. lese- og skrivevansker, spiseforstyrrelser og angst, samt problemer med å organisere sin egen hverdag. Gutten lå betydelig etter i utvikling, både fysisk og psykisk,

⁴⁸ Stenwig (2003) s. 25

og hadde ekstraordinære omsorgsbehov. Mor klarte særlig ikke å møte de emosjonelle behovene hos gutten. Det ville kreve ekstraordinær innsats for å ta igjen det tapte hos gutten. Det var dårlig samspill mellom mor og sønn, og det så ut som om moren ikke forsto alvoret i situasjonen. Det ble fattet vedtak om omsorgsovertakelse.

Saken FNV-2009-25-OPP gjaldt en lett psykisk utviklingshemmet gutt, som mentalt fungerte som et mye yngre barn. Dette tilsa behov for tett oppfølging av voksne, men moren maktet ikke å ivareta de særskilte behovene for omsorg og oppfølging. Barnet hadde lærevansker. Hjemmet bar preg av dårlig hygiene og renhold. Moren hadde problemer med å sette grenser og var ikke en tydelig voksenperson med autoritet. Det hadde i tillegg vært episoder med vold i hjemmet, samt mulig seksuelle overgrep. Resultatet ble omsorgsovertakelse.

Den andre situasjonen er foreldre med psykiske problemer, og som derfor ikke makter å ta hånd om barna.

I Rt. 1995 s. 350 hadde begge foreldrene psykiske problemer. De var avhengig av betydelig hjelp og støtte fra andre for å klare å ha omsorgen for et barn. De hadde i tillegg en begrenset evne til å takle problemer og motgang, samt dårlig evne til personlig kontakt. Siden familiens sosiale nettverk var begrenset, og ingen dermed kunne veie opp for den manglende omsorgsevnen, ble vedtaket om omsorgsovertakelse for gutten opprettholdt.

I fylkesnemndssaken FNV-2009-94-OPP var mor lett psykisk utviklingshemmet, hadde stemningsmessige svingninger, depresjon og angst. Hun klarte derfor ikke å skape en forsvarlig hverdag med oppfølging, struktur og rammer, noe som blant annet førte til et betydelig skolefravær. Ett av de to barna var også lett psykisk utviklingshemmet. Resultatet ble omsorgsovertakelse.

Tredje situasjon er foreldre som misbruker rusmidler eller lever sammen med rusmiddelmisbrukere.

I saken Rt. 1986 s. 1189 var begge foreldrene straffet og hadde brukt narkotika. Faren holdt fortsatt på med dette, det var mer usikkert hvor involvert moren var i dette, da hun hadde hatt en positiv utvikling de siste par årene. Imidlertid ble det antatt at farens misbruk fortsatt ville ha innvirkning på forholdene i hjemmet. Foreldrene ble vurdert som umodne mennesker, de ventet i tillegg et nytt barn, og faren skulle sone en fengselsstraff. Dette var momenter som tilsa at de ikke ville klare å gi nok omsorg til barnet. En tilbakeføring ville føre til et særlig stort omsorgsbehov hos barnet, som foreldrene neppe ville klare å møte. Vedtak omsorgsovertakelse ble opprettholdt.

Saken FNV 2009-75-OSL gjaldt misbruk av ulike typer narkotika hos begge foreldrene, i kombinasjon med angst, depresjon og straffbare forhold. Rusmisbruket hadde medført psykotiske episoder. Foreldrenes samspill med barnet manglet, og de maktet ikke å nyttiggjøre seg informasjon og veiledning. Det ble fattet vedtak om omsorgsovertakelse for barnet, som var abstinent ved fødselen, og senere hadde vist bekymringsfulle utviklingstrekk.

Den fjerde situasjonen er når foreldrene ikke har de nødvendige personlige forutsetningene for å yte omsorg, uten at det kan knyttes til spesielle forhold som rusmisbruk eller psykisk sykdom.

I Rt. 1991 s. 624 var det psykisk skade eller fare for skade på barna som følge av mer fundamentale personlighetstrekk hos moren. Hun var lite moden. Hun klarte det praktiske stellet av barna, men hadde problemer i forhold til barnas emosjonelle behov og utvikling, samt at hun hadde problemer med å ha en realistisk oppfatning av ting. Vedtak om omsorgsovertakelse for to barn ble derfor opprettholdt.

I saken FNV-2009-24-OPP manglet mor voksenautoritet, hadde en passiv oppdragerstil og maktet ikke konsekvent grensesetting, samt at hjemmet var preget av kaos og lite struktur. Kommunikasjonsmønsteret mellom mor og sønn var negativt, gutten respekterte ikke det

som ble sagt. Gutten viste asosiale trekk og tendenser til depresjon og kriminalitet. Han hadde behov for langt tettere oppfølging enn hva mor klarte, og resultatet ble omsorgsovertakelse.

Manglende beskyttelse mot seksuelle overgrep kan også falle inn under denne gruppen (seksuelle overgrep i seg selv – litra c). I saken FNV-2007-270-OSL var faren anmeldt for seksuelle overgrep. I forhold til moren ble det vedtatt omsorgsovertakelse etter litra a, da hun ikke ville være i stand til å hindre nye seksuelle overgrep i å finne sted ettersom hun fortsatt bodde sammen med far. Det samme kan tenkes å bli resultatet dersom det er snakk om andre former for vold eller mishandling

Ytterligere et eksempel i denne gruppen er foreldre som selv er under barnevernets omsorg. I FNV-2008-134-MRO var det snakk om en mor på 18 år som selv var under barnevernets omsorg, mens far på 20 år hadde vært det. Barnet hadde ikke spesielle omsorgsbehov. Mor strevde veldig med en del dagligdagse ting som renhold, hun hadde en alvorlig skjevutvikling og ville ikke være i stand til å gi barnet god nok omsorg, da hun selv i stor utstrekning hadde behov for omsorg. Far kunne ikke veie opp for dette, han var bl.a. umoden og deprimert. Resultatet ble omsorgsovertakelse.

4.2.3 § 4-12 (1) litra b

§ 4-12 (1) litra b regulerer omsorgsovertakelse dersom

”foreldrene ikke sørger for at et sykt, funksjonshemmet eller spesielt hjelpetrengende barn får dekket sitt særlige behov for behandling og opplæring”

Det forhold at et barn er sykt, funksjonshemmet eller spesielt hjelpetrengende og dette medfører særlige omsorgsbehov, er ikke i seg selv grunn til omsorgsovertakelse. Slike spesielle behov hos barnet medfører i første rekke økte plikter for helsevesen, skolevesen

o.l. Det er først og fremst det offentlige som skal sørge for at barnet får den hjelpen det trenger, men det kreves at foreldrene medvirker til at dette blir gjennomført i praksis.

Det er først når foreldrene ikke vil eller ikke klarer å ivareta eller følge opp de særlige behovene barnet har pga. sykdommen e.l., at det vil bli snakk om å vurdere omsorgsovertakelse. Dette kan f.eks. være oppfølging i forhold til helsevesen, spesialundervisning o.l. Det kreves en svikt i forhold til hva man vanligvis forventer at foreldre foretar seg i slike situasjoner. Det hjelper lite at barnets skole har lagt til rette for spesialundervisning eller at helsevesenet har satt i gang et opptreningsprogram, om ikke foreldrene bidrar til at dette blir gjennomført.

Rt. 1994 s. 568 gjaldt omsorgsovertakelse for to barn, som begge var psykisk utviklingshemmede. Her ble det lagt vekt på farens motvilje til hjelpeapparatet, han hadde uttalt at han ville avvise ethvert hjelpetilbud fra det offentlige.⁴⁹ Dette ble ansett som et moment som tilsa at barna ikke ville få den omsorgen de trengte hos foreldrene. Dommen er et eksempel på at foreldrenes holdninger til medisinsk behandling eller annet spesialopplegg for barna vil kunne ha betydning i vurderingen av om omsorgsovertakelse skal finne sted. Dommen er i tillegg brukt som eksempel under litra a på foreldre som ikke klarer å ivareta de særlige omsorgsbehov barna hadde. Dette viser de flytende overgangene mellom de ulike alternativene i § 4-12(1).

Hva som utgjør et ”særlig behov for behandling og opplæring” kan ikke avgjøres generelt. Hva slags behov det enkelte barn måtte ha, må avgjøres konkret i hver enkelt situasjon. Det vil blant annet bero på barnets tilstand, hvor sykt det er, hvor sterk funksjonshemmingen er osv. Det som er riktig for noen, er ikke nødvendigvis riktig for andre. Barn kan også ha forskjellig terskel for når de spesielle behovene inntreffer. Etter en naturlig språklig forståelse må det kunne sies at det må kreves et behov utover hva som er vanlig for barn flest og at behovet må skyldes et forhold som nevnt i litra b, nemlig sykdom, funksjonshemming eller

⁴⁹ Rt. 1994 s. 568 s. 577

at barnet er spesielt hjelpetrengende. Hva som nærmere ligger i ”særlig behov for behandling og opplæring” er ikke nærmere presisert i forarbeidene eller litteraturen.

De tre forholdene i litra b er alternative, det er tilstrekkelig at barnet faller inn under et av alternativene, og at dette fører til et særlig behov for behandling eller opplæring som foreldrene ikke sørger for at barnet får dekket.

Det første alternativet er sykdom. Dette omfatter både somatiske sykdommer og psykiske problemer. I forhold til syke barn er det særlig aktuelt å vurdere om de får dekket sitt særlige behov for behandling. Det kan imidlertid også være aktuelt å se på om barna får dekket sitt særlige behov for opplæring, dersom sykdommen f.eks. fører til så mye skolefravær at spesialundervisning er nødvendig.

Sykdomsalternativet må sees i lys av bvl § 4-10. § 4-10 gir hjemmel til å fatte vedtak om medisinsk undersøkelse og behandling når det er grunn til å tro at et barn lider av livstruende eller alvorlig sykdom eller skade, og foreldrene ikke sørger for at det kommer til undersøkelse eller behandling. I slike tilfeller vil det være snakk om å gjøre et mer kortvarig inngrep i foreldreansvaret for å gjennomføre en bestemt utredning eller undersøkelse. Slike situasjoner innebærer ikke omsorgsovertakelse. § 4-12(1) litra b utgjør et mer omfattende inngrep, da det her vil være snakk om omsorgsovertakelse. Det vil ikke være aktuelt å benytte § 4-12 (1) litra b dersom man kan gi barnet den behandling det trenger ved å fatte vedtak etter § 4-10. Dette følger allerede av minste inngreps prinsipp, jf. andre ledd.

Det vil være aktuelt å vurdere vedtak etter § 4-10 og evt. omsorgsovertakelse etter § 4-12(1) litra b både dersom foreldrene ikke klarer å gi barnet den behandling det trenger eller ikke ser barnets behov for behandling, og dersom foreldrene ikke vil gi barnet den behandling det trenger. Sistnevnte kan være tilfelle når foreldrene har sterk motvilje mot helsevesenet generelt eller er i mot visse typer behandlinger. Foreldrenes mening er imidlertid underordnet, det sentrale er at barnet får dekket sitt behov for behandling.

Innenfor det som er anerkjente behandlingsmetoder i det medisinske miljøet, kan foreldrenes standpunkt overstyres dersom det er til barnets beste.

Når barnet er blitt eldre, må både foreldre og barnevernet respektere barnets selvbestemmelsesrett i medisinske spørsmål, jf. prl § 4-3. Barnevernets samtykkekompetanse i medisinske spørsmål, jf. prl § 4-4, er nevnt over i pkt. 4.1.

Det andre alternativet i litra b er at barnet er funksjonshemmet. Dette omfatter både fysiske og psykiske funksjonshemninger.

I forhold til dette alternativet vil det kunne være aktuelt både at barnet ikke får dekket de behov det har for behandling pga. funksjonshemningen, dette gjelder både fysisk, medisinsk og mer psykisk behandling, samt at barnet ikke får dekket det særlige behov for opplæring det måtte ha som følge av funksjonshemningen. Barnet kan f.eks. ha behov for spesialundervisning, til og med å gå på spesialskole, som følge av funksjonshemningen.

Hvilke særlige behov det enkelte barn måtte ha, vil variere ut fra bl.a. hvor alvorlig funksjonshemningen er og om den er psykisk eller fysisk. En fysisk funksjonshemning vil f.eks. kunne stille større krav til fysisk behandling og oppfølging enn hva en psykisk funksjonshemning vil gjøre. Det er uansett hvert enkelt barns behov som må vurderes konkret i hver enkelt sak.

Det siste alternativet i litra b er barn som er spesielt hjelpetrengende. Dette alternativet tar særlig sikte på barn som har et særlig behov for trygghet og stimulering pga. påkjenninger det har vært utsatt for i familien eller miljøet de vokser opp i.⁵⁰ Det ble vurdert som naturlig å nevne denne gruppen særskilt ved siden av de som er funksjonshemmet i tradisjonell forstand, selv om disse gruppene språklig sett vil kunne overlappe noe. Barn som er særlig hjelpetrengende pga. påkjenninger de har vært utsatt for i nære omgivelser, vil nok ofte

⁵⁰ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 110

kunne sies å ha en funksjonshemming i psykisk forstand. Denne gruppen vil også kunne falle inn under litra a, da de vil kunne ha et særlig behov for kontakt og trygghet ut fra sin alder og utvikling. Dette illustrerer igjen de flytende grensene mellom de ulike alternativene i § 4-12. Lovgiverne ønsket imidlertid å innta dette som et eget alternativ, da det ble ansett som vanlig å nevne dette som en egen gruppe.⁵¹

Barn som faller inn under denne gruppen kan f.eks. være barn hvor det har vært mye uro og bråk i hjemmet (uten at barnet selv har blitt utsatt for vold e.l.), eller miljøet rundt familien har vært spesielt belastet, f.eks. lite sosialt nettverk og mye rus eller kriminalitet.

Både andre og tredje alternativ i litra b må sees i forhold til § 4-11, jf. § 4-12(2) om minste inngreps prinsipp. § 4-11 innebærer kun et midlertidig inngrep i foreldreansvaret for å gi nødvendig behandling eller opplæring, og er ikke på langt nær så inngripende som en omsorgsovertakelse vil være. Dersom barnet kan få den hjelpen det trenger ved at det fattes vedtak etter § 4-11, er det ikke grunn til å vurdere omsorgsovertakelse etter § 4-12(1) litra b. § 4-11 gjelder både i forhold til funksjonshemmede barn og barn som er spesielt hjelpetrengende.

Litra b vil også kunne være aktuell å bruke som hjemmel for omsorgsovertakelse av barn med alvorlige adferdsvansker.⁵² Dersom foreldrene ikke sørger for at barn med alvorlige adferdsvansker får den behandling og hjelp de trenger, vil dette kunne utgjøre omsorgssvikt. Omsorgsovertakelse etter litra b kan da vurderes, sammen med særtiltak overfor slike barn etter bvl §§ 4-24 flg. Det vil kunne være aktuelt med omsorgsovertakelse av slike barn f.eks. når det er snakk om vedvarende kriminalitet og rusmisbruk, og foreldrene ikke klarer eller vil gjøre noe med det.

Det foreligger lite rettspraksis omkring litra b. I de sakene hvor dette alternativet har blitt påberopt, har sakene stort sett blitt avgjort etter litra a, og litra b har ikke blitt vurdert

⁵¹ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 110

⁵² Innst.O.nr. 80 (1991-1992) s. 22

dersom vilkårene i litra a er oppfylt. Det foreligger heller ikke nye fylkesnemndspraksis rundt litra b. Også her har sakene stort sett blitt avgjort etter litra a selv om litra b er påberopt, men det finnes noen eksempler på at det er truffet vedtak om omsorgsovertakelse i fylkesnemnda med hjemmel i litra b.

Et eksempel er FNV-2005-213-HSF. Her ble det fattet vedtak om omsorgsovertakelse av to barn. I forhold til det eldste barnet var dette hjemlet i litra a og d, mens omsorgsovertakelsen av det minste barnet i tillegg var hjemlet i litra b. Dette minste barnet var født med hjertefeil og Downs syndrom. Hun ble akutt plassert bare en uke gammel. Jenta hadde som følge av hjertefeilen og funksjonshemmingen et særlig omsorgs- og behandlingsbehov, bl.a. fordi hun brukte livsviktige medisiner som måtte tas til faste tidspunkt og at hun helt avhenging av omsorgspersoner som så behovene som hun ikke alltid klarte å uttrykke selv. Moren ville ikke klare å møte det behovet barnet hadde, bl.a. fordi hun ikke klarte å holde orden på penger, var kastet ut av leiligheten, ikke tok nødvendig kontakt med det offentlige hjelpeapparatet og i tillegg løy for hjelpeapparatet. Resultatet ble derfor omsorgsovertakelse.

Et annet eksempel er FNV-2004-67-TRL. Denne saken gjaldt en jente på 15 år som var alvorlig deprimert og flere ganger hadde forsøkt å ta sitt eget liv. Moren var i mot tradisjonell behandling, og mente at jentas depresjoner kunne behandles med vitaminer og lysterapi, noe jenta selv var i mot. Det virket som om mor var mer opptatt av alternativ behandling enn av at jenta fikk den hjelpen hun trengte. Foreldrene sørget med dette ikke for at jenta fikk dekket sitt særlige behov for behandling. Resultatet ble omsorgsovertakelse med hjemmel både i litra a og b.

4.2.4 § 4-12 (1) litra c

Litra c hjemler omsorgsovertakelse dersom

”barnet blir mishandlet eller utsatt for andre alvorlige overgrep i hjemmet”

Når vilkårene i dette alternativet er oppfylt vil normalt også litra a være oppfylt. Fordi barnemishandling blir oppfattet som svært alvorlig, er dette imidlertid tatt inn som et eget alternativ. Dette gir et viktig signal om at barnemishandling ikke tolereres. Vold mot barn er ikke akseptert i vårt samfunn, særlig ikke når det utøves av de som står barnet nærmest.

Det er et vilkår at mishandlingen eller overgrepene skjer ”i hjemmet”. Det trenger ikke nødvendigvis være foreldrene som utøver volden eller mishandler barnet, også vold og mishandling fra andre personer som står barnet nær kan være omfattet av bestemmelsen. Akkurat hvem som har forårsaket skadene er uten betydning. Dersom det er snakk om vold eller mishandling utenfor hjemmet, vil det kunne bli snakk om omsorgsovertakelse etter litra a, da dette kan utgjøre en alvorlig mangel i forhold til den daglige omsorg, kontakt og trygghet barnet trenger, fordi foreldrene kanskje ikke forhindrer eller klarer å forhindre volden eller mishandlingen.

Litra c omfatter for det første fysisk mishandling av barn, som slag, spark og andre former for vold. Inn under fysisk mishandling faller også seksuelle overgrep.⁵³

For det andre er bestemmelsen ment å skulle omfatte psykisk sjikane, trakassering og vedvarende mindre overgrep.⁵⁴ Det er imidlertid et krav om at overgrepet kan karakteriseres som ”alvorlig”. Dette tilsier at ikke ethvert overgrep mot barnet omfattes av bestemmelsen. I forarbeidene⁵⁵ uttales det at litra c ikke kan brukes som hjemmel for omsorgsovertakelse pga. et enkelt overgrep dersom hjemmesituasjonen for barnet likevel anses tilfredsstillende. Det må foretas en helhetsvurdering av hvordan barnet har det i hjemmet. Dersom det fremstår som rimelig klart at det kun er snakk om et enkeltstående unntakstilfelle, vil omsorgsovertakelse neppe bli vurdert. Da vil det være mer nærliggende

⁵³ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 43

⁵⁴ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 43

⁵⁵ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 111

å sette inn hjelpetiltak. Man må imidlertid ikke glemme det overordnede prinsippet om barnets beste.

At det må være et ”alvorlig overgrep” utelukker at mildere former for bruk av makt vil føre til omsorgsovertakelse. Mildere former for bruk av makt i relativt stor utstrekning over tid vil likevel kunne tilsi at man bør vurdere omsorgsovertakelse. Mild bruk av makt overfor barn kan f.eks. være aktuelt dersom det er fare for at barnet kan skade seg selv eller andre.⁵⁶ Ikke all bruk av makt er vold eller mishandling. Grensen for hva man tillater her vil nok ikke være spesielt høy, da vold mot barn er en av de formene for vold vi har lav toleranse for i vårt samfunn. Ofte vil imidlertid ikke omsorgsovertakelse være et nødvendig inngrep dersom man ikke anser maktbruken som vold eller mishandling, jf. andre ledd. Det er nok imidlertid en tendens i vårt samfunn at vi tillater mindre og mindre, for bare 60 år siden var det f.eks. vanlig å gi barna sine ris.

Vold og barnemishandling har også en strafferettslig side. Slike handlinger vil kunne være straffbare etter straffeloven, og det er straffeloven § 228 om legemsfornærmelse som er mest aktuell. Det er imidlertid ikke en oppgave for barneverntjenesten, fylkesnemnda eller domstolene å ta stilling til straffbarheten av en handling så lenge saken dreier seg om omsorgsovertakelse.

Kravet til sannsynligheter ikke like strengt i barnevernretten som i strafferetten, bl.a. fordi det ville føre til at man ikke kunne vedta omsorgsovertakelse selv om dette ville være til barnets beste, fordi kravet til sannsynlighet ofte ikke ville være oppfylt. Bvl § 4-12(1) litra c oppstiller ikke som vilkår at handlingen er straffbar. Vold eller barnemishandling vil derfor kunne føre til omsorgsovertakelse selv om handlingen ikke er ferdig etterforsket av politiet eller ikke fører til domfellelse strafferettslig sett. Det er nok med alminnelig sannsynlighetsovervekt. Hensynet til barnets beste overskygger hensynet til mishandleren. Et eksempel på dette er FNV-2007-391-ROG. Her var det mistanke om at barnet hadde

⁵⁶ Ofstad (2009) s. 125

såkalte ”shaken baby syndrom”. Saken var fortsatt under etterforskning hos politiet. Ut fra faktum i saken fant fylkesnemnda at vilkårene for omsorgsovertakelse etter litra c var oppfylt. Det uttales helt klart at det ikke tas stilling til det strafferettslige.

Barneloven § 30(3) bestemmer at barn ikke må utsettes for vold eller på annen måte bli behandlet slik at den fysiske eller psykiske helsen blir utsatt for skade eller fare. Etter at Høyesterett i 2005⁵⁷ avsa en dom hvor det ble uttalt at ”lettere klaps” i oppdragelsesøyemed ikke ville rammes av straffeloven § 228, har det oppstått en del grensespørsmål rundt bl § 30(3). Dette førte til at det ble fremmet forslag om presisering av bestemmelsen.⁵⁸ Alle former for vold mot barn skal være forbudt, også i oppdragelsesøyemed. Det er ikke innført noen tilsvarende presisering i straffeloven, men forbudet mot vold mot barn i barneloven må antas å gjelde generelt.

Synet på hva som er akseptabelt vil kunne variere i ulike deler av verden. I Norge er det imidlertid norske standarder som skal vurderes. I FNV-2007-60-TRO hadde foreldrene gjentatte ganger utøvd vold mot barna. Familien var ikke opprinnelig fra Norge. Fylkesnemnda uttalte at man ikke kan bruke kulturforskjeller til å rettferdiggjøre vold mot barn, da dette er helt uakseptabelt og utgjør en alvorlig omsorgssvikt i norsk kultur.

Sett i forhold til nødvendighetsvilkåret i § 4-12(2), som jeg kommer tilbake til i pkt. 4.2.6.1, vil ikke litra c kunne anvendes dersom den som har utøvd volden eller mishandlet barnet, ikke lenger bor i hjemmet. Mishandling/ vold vil da ikke lenger være et aktuelt problem som nødvendiggjør omsorgsovertakelse etter litra c. En annen sak er at det kan ligge andre problemer bak som hjemler omsorgsovertakelse etter andre alternativer i § 4-12. Dersom en far som har slått sine barn ikke lenger bor hjemme, og kanskje heller ikke har kontakt med familien, vil ikke vilkårene i litra c lenger være oppfylt. Overfor andre omsorgspersoner vil det imidlertid kunne bli fattet vedtak om omsorgsovertakelse

⁵⁷ Rt. 2005 s. 1567

⁵⁸ Ot.prp.nr. 104 (2008-2009) s. 39

etter f.eks. litra a dersom de ikke vil make å beskytte barnet mot mishandleren i fremtiden. Dette var tilfellet i FNV-2007-270-OSL som er nevnt i pkt. 4.2.2.

Det foreligger lite rettspraksis fra høyere instanser rundt litra c. De fleste sakene blir avgjort etter litra a selv om litra c også er anført. Det foreligger heller ikke mye nyere fylkesnemndspraksis rundt litra c, i de fleste sakene anvendes alternativet sammen med litra a. Noen eksempler finnes imidlertid, bl.a. ovennevnte FNV-2007-391-ROG.

Et annet eksempel er FNV-2008-183-OSL. Barna hadde særlige omsorgsbehov, og det ble ansett svært sannsynlig at de hadde blitt mishandlet enten av foreldrene eller andre nære familiemedlemmer. Det var uten betydning akkurat hvem som hadde forårsaket skadene. Det forelå bl.a. hodeskader, bruddskader og arr på kroppen. Foreldrenes forklaring på hvordan skadene hadde inntruffet stemte ikke med hva den medisinske vitenskapen tilsa. Foreldrene hadde også vært varetektsfengslet pga. mistanke om barnemishandling. Fylkesnemnda fant at vilkårene i litra c var oppfylt og det ble fattet vedtak om omsorgsovertakelse.

4.2.5 § 4-12 (1) litra d

Litra d skiller seg litt fra litra a-c. Etter dette alternativet kan omsorgsovertakelse finne sted dersom

”det er overveiende sannsynlig at barnets helse eller utvikling kan bli alvorlig skadd fordi foreldrene er ute av stand til å ta tilstrekkelig ansvar for barnet”

Som nevnt over i pkt. 4.2.1 kan denne bestemmelsen føre til at det blir vedtatt omsorgsovertakelse selv om barnets nåtidssituasjon er tilfredsstillende. Avgjørende vil være om det foreligger en skaderisiko på sikt. Bestemmelsen tar sikte på de situasjonene hvor foreldrenes omsorgsevne på sikt ikke vil være tilstrekkelig. Dette kan f.eks. være tilfeller hvor foreldrene fint er i stand til å ta vare på et spedbarn, men omsorgsevnen ikke

vil være tilstrekkelig når barnet blir eldre og stiller andre krav til omsorg, f.eks. fordi foreldrene er lettere psykisk utviklingshemmet. Alternativet tar særlig sikte på situasjoner der foreldrene er tilbakestående eller har alvorlige sinnslidelser.⁵⁹ Litra d kan også tenkes å være aktuell hvis foreldrene misbruker rusmidler og har dårlig utsikt til bedring.

Det er foreldrenes omsorgsevne som skal vurderes, ikke f.eks. personlighetstrekk hos dem eller tilstander de måtte være i.⁶⁰ Omsorgsevnen kan være tilstrekkelig både på kort og lang sikt selv om foreldrene f.eks. skulle være lettere psykisk utviklingshemmet.

Ettersom fremtidsvurderinger i stor grad bærer preg av usikkerhet, er det et skjerpet krav til sannsynlighet i litra d. Det må være ”overveiende sannsynlig” at det kan skje alvorlig skade på sikt. Dette innebærer at det kreves mer enn vanlig sannsynlighetsovervekt. Dette skal veie opp for de usikkerhetene en fremtidsvurdering innebærer. Det vises til gjennomgangen av beviskravet i pkt. 4.2.1. Det ble uttalt i RG 2001 s. 761 at litra d må benyttes med forsiktighet pga. fremtidsvurderingene som gjør seg gjeldende.

Skaderisikoen som skal vurderes etter litra d, må knyttes til alvorlig skade på barnets helse eller utvikling. Årsaken til skaden må være at foreldrene er ute av stand til å ta tilstrekkelig ansvar for barnet. Det må være overveiende sannsynlig at slik skade vil oppstå for at omsorgsovertakelse kan hjemles i litra d. Det må foretas en konkret vurdering av foreldrenes omsorgsevne i hver enkelt sak. Det vil ikke alltid fremstå like klart om det vil foreligge omsorgssvikt på sikt.

Det er ”barnets helse eller utvikling” som må stå i fare for å bli alvorlig skadet. Etter en naturlig språklig forståelse er dette ganske vide begrep, som omfatter både fysisk og psykisk helse og utvikling. Hva som ligger i begrepet barnets helse eller utvikling er ikke nærmere utdypet i forarbeidene eller litteraturen, sannsynligvis fordi vilkåret ikke er

⁵⁹ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 42

⁶⁰ Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 43

spesielt problematisk. Det vil omfatte de fleste forhold rundt et barns oppvekst, både når det gjelder det fysiske og det psykiske.

Det er videre et krav at barnets helse eller utvikling blir ”alvorlig skadd”. Etter en naturlig språklig forståelse kreves det at skaden er av en viss grad. Det skal noe til før barnets helse eller utvikling blir alvorlig skadd, ikke en hvilken som helst omsorgssvikt vil føre til alvorlig skade. At det skal en del til, henger bl.a. sammen med det biologiske prinsipp samt det strenge beviskravet litra d oppstiller fordi man foretar fremtidsvurderinger. Det må nok være snakk om en skade som vil få betydning for barnet på lengre sikt, en liten helsemessig skade som ikke gir langvarige konsekvenser, er neppe å anse som en ”alvorlig skade”. Det må i alle tilfeller foretas en konkret vurdering for å finne ut av om det foreligger fare for ”alvorlig skade”, da det må sees i sammenheng med hele situasjonen som foreligger. Hva som anses som alvorlig vil kunne variere alt ettersom det er snakk om barnets helse eller barnets utvikling, og det vil også kunne variere fra barn til barn, bl.a. ut fra alder og modenhet. Heller ikke dette vilkåret er nærmere utdypet i forarbeider og litteratur.

Årsaken må være at ”foreldrene er ute av stand til å ta tilstrekkelig ansvar for barnet”. Her må man vurdere foreldrenes konkrete situasjon og omsorgsevne. Selv om kanskje mor ikke oppfyller kravene, kan det hende at far veier opp for mors mangler. Da vil det ofte være barnets beste å bli værende hos foreldrene. Man blir ikke automatisk fratatt omsorgen for barnet sitt fordi man f.eks. er lettere psykisk utviklingshemmet. Omsorgsevnen kan likevel være tilfredsstillende. Da blir dette avgjørende i forhold til om omsorgsovertakelse skal finne sted.

Litra d vil ofte overlappe litra a. I praksis blir disse to alternativene ofte påberopt ved siden av hverandre, og det tas ofte bare stilling til en av dem. Dersom begge alternativene er anført, står de ulike instansene fritt til å velge det alternativet de mener passer best i det konkrete tilfellet. Det følger bl.a. av tvl § 36-5 som bestemmer at retten prøver alle sider av saken. Et eksempel på det er Rt. 2002 s. 327. Fylkesnemnda hadde hjemlet omsorgsovertakelse i litra d, herredsretten i både litra a og d, mens lagmannsretten og

Høyesterett hjemlet omsorgsovertakelsen i litra a. I en dom fra Hålogaland lagmannsrett, LH-2003-310, uttales det at overgangene mellom a og d er flytende, og at mange av de samme momentene vil ha betydning i forhold til begge alternativene.

Terskelen for å fatte vedtak om omsorgsovertakelse vil være noe annerledes etter litra a, fordi det bare kreves alminnelig sannsynlighetsovervekt. Det kreves på den andre siden at det foreligger aktuell omsorgssvikt. Derfor vil det ikke alltid være mulig å bruke litra a. Svært ofte vil imidlertid vilkårene i begge alternativene være oppfylt både ut fra en nåtidsvurdering og en fremtidsvurdering. Grensen mellom litra a og d er i stor grad flytende, slik som mellom flere av alternativene. Momenter kan ha betydning i forhold til begge alternativene. Dersom det ene alternativet er oppfylt er det ikke nødvendig å ta stilling til det andre.

Akkurat som i forhold til litra b og c er det lite rettspraksis rundt litra d. I de fleste tilfeller påberopes alternativet sammen med litra a, og avgjøres ofte ut fra litra a. Det samme gjelder fylkesnemndspraksis. Noen eksempler på at litra d brukes som hjemmel finnes imidlertid.

Rt. 2006 s. 1308 gjaldt omsorgsovertakelse av en 14 år gammel jente. Jenta hadde bl.a. sosiale problemer som følge av psykisk mishandling. Høyesterett vurderte først og fremst litra a, men fant at også vilkårene etter litra d var oppfylt, da det forelå stor grad av sannsynlighet for at jentas psykiske utvikling ville bli skadet dersom moren fikk tilbake omsorgen for datteren.⁶¹

I fylkesnemndssaken FNV-2008-188-AGD forelå det klare kognitive begrensninger og umodenhet hos moren, noe faren ikke kunne kompensere for, da han bl.a. ikke så barnas behov. Det eldste barnet var psykisk skjevutviklet pga foreldrenes manglende evne til å se barnas grunnleggende behov, mens det yngste enda ikke var det. Det ble likevel fattet

⁶¹ Rt. 2006 s. 1308 avsn. 55

vedtak om omsorgsovertakelse for begge barna, da det var fare for at også det yngste barnet ville få de samme problemene dersom det ikke skjedde noe med omsorgssituasjonen. Foreldrenes omsorgsevne ville ikke strekke til etter hvert som barnets behov vokste. Resultatet ble omsorgsovertakelse av begge barna, med hjemmel i litra a for den eldste og i litra d for den yngste.

FNV-2007-189-HSF gjaldt omsorgsovertakelse av fire barn. Foreldrene holdt barna skjult, slik at de bl.a. ikke fikk fulgt opp viktig behandling. Dette ble ansett for å vise manglende forståelse av barnas behov, samt prioritering av egne interesser. Det forelå psykiske og fysiske skader hos 3 av 4 barn som førte til særskilte behov samt at det hadde gjort barna spesielt sårbare. Kaotiske hjemmeforhold, dårlig hygiene, mangel på rutiner samt at foreldrene ikke klarte å følge opp helsevesen og skole, førte til at det ble fattet vedtak om omsorgsovertakelse etter litra d. Foreldrenes omsorgsevne ble ikke ansett tilstrekkelig verken på kort eller lang sikt.

4.2.6 § 4-12 (2)

Selv om § 4-12(1) er oppfylt, er ikke dette nok til at det kan fattes vedtak om omsorgsovertakelse. Også andre ledd må være oppfylt for at omsorgsovertakelse kan finne sted. Andre ledd må vurderes uansett hvilket av alternativene i første ledd som er oppfylt, og innskrenker anvendelsesområdet til første ledd. Selv om vilkårene for omsorgsovertakelse isolert sett er til stede etter første ledd, kan vurderingene etter andre ledd føre til at det likevel ikke kan treffes vedtak om omsorgsovertakelse.

Andre ledd lyder:

”Et vedtak etter første ledd kan bare treffes når det er nødvendig ut fra den situasjon barnet befinner seg i. Et slikt vedtak kan derfor ikke treffes dersom det kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak etter § 4-4 eller ved tiltak etter § 4-10 eller § 4-11”

Andre ledd er todelt. For det første må det vurderes om det er nødvendig med omsorgsovertakelse ut fra barnets situasjon. Dette behandles i punkt 4.2.6.1. For det andre må hjelpetiltak alltid vurderes. Dette følger allerede av minste inngreps prinsipp, men er i tillegg slått uttrykkelig fast i andre ledd. Dette behandles i punkt 4.2.6.2. Disse to vurderingene må sees i sammenheng. Dersom man kan avhjelpe situasjonen med hjelpetiltak, vil omsorgsovertakelse ikke være nødvendig ut fra barnets situasjon.

4.2.6.1 Nødvendighetsvurdering

Omsorgsovertakelse kan bare finne sted når det er nødvendig ut fra den situasjonen barnet befinner seg i. Etter en naturlig språklig forståelse er det barnets aktuelle situasjon som skal vurderes. Man skal se bort fra hendelser i fortiden som neppe vil gjenta seg.⁶² F.eks. dersom et familiemedlem som har mishandlet barnet ikke lenger er en del av barnet og familiens liv, vil omsorgsovertakelse neppe være nødvendig ut fra barnets situasjon. Midlertidige kriser som utløser omsorgssvikt vil normalt ikke føre til at det er nødvendig med omsorgsovertakelse så lenge det er usannsynlig at en liknende situasjon vil oppstå igjen.

Dersom det er sannsynlig at noe liknende vil skje igjen, vil omsorgsovertakelse kunne fremstå som et mer nødvendig tiltak. Dette kan f.eks. være tilfellet dersom grunnen til at barnet er mishandlet er at foreldrene ikke klarer å beskytte det mot overgrep. Det samme kan være tilfellet dersom det viser seg at situasjonen som utløste omsorgssvikt ikke er av forbigående karakter.

4.2.6.2 Minste inngreps prinsipp

Utgangpunktet i barnevernretten er at barnet har det best hos sine biologiske foreldre. Derfor er det i alle parter interesse å avverge en omsorgsovertakelse. Det vises til pkt. 2.3.

⁶² Lindboe (2008) s. 91

§ 4-12(2) 2. pkt oppstiller derfor som et krav at hjelpetiltak må være forsøkt, eller i det minste vurdert og ikke funnet anvendelige, for at omsorgsovertakelse kan vedtas. Tanken er at dersom man kommer inn med hjelp på et tidlig tidspunkt, kan man forhåpentligvis avverge et mer inngripende tiltak. Dersom forholdene i hjemmet kan bedres ved at barnet f.eks. får barnehageplass eller besøkshjem, er dette bedre enn at omsorgen skal fratas foreldrene uten samtykke.

Som tidligere nevnt er det uttalt i forarbeidene at hjelp først og fremst skal gis i hjemmet, og at plassering skal være siste alternativ.⁶³ Bruk av mer inngripende tiltak er bare aktuelt dersom hjelpetiltak ikke fører frem eller det anses nytteløst å forsøke hjelpetiltak.

Det kreves ikke at hjelpetiltak faktisk har vært forsøkt, men det må ha vært vurdert. Dersom det er klart at det ikke kan skapes ”tilfredsstillende forhold for barnet” ved hjelpetiltak, kreves det ikke at man faktisk setter inn hjelpetiltak. Dette kan f.eks. være situasjonen dersom man tidligere har sett at foreldrene ikke vil eller evner å benytte seg av de hjelpetiltakene som tilbys eller foreldrenes holdning til systemet er så negativ at hjelp neppe vil føre frem. Situasjonen kan også være så uholdbar og alvorlig for barnet at hjelpetiltak ikke er tilstrekkelige.

I Rt. 1994 s. 568 ble fars negative holdning til hjelpeapparatet ansett for å være tilstrekkelig grunn til at hjelpetiltak ikke ville føre frem.⁶⁴ Far hadde klart gitt uttrykk for at han ville avvise ethvert tilbud fra det offentlige hjelpeapparatet, og dette var nok til å fastslå at hjelpetiltak ville være nytteløse.

I Rt. 1999 s 1883 ble vedtaket om omsorgsovertakelse opphevet, da det bl.a. ble lagt vekt på at hjelpetiltak ville kunne føre frem. Høyesterett mente at mor, med de hjelpetiltak som var foreslått av den sakkyndige, ville kunne gi barna forsvarlig omsorg. Spørsmålet ble

⁶³ Innst.O.nr. 80 (1991-1992) s. 15

⁶⁴ Rt. 1994 s. 568 s. 577

imidlertid ikke vurdert spesielt inngående. Det er sjelden spørsmålet om hjelpetiltak kommer på spissen i praksis.

Barneverntjenesten kan ikke skyldes på manglende ressurser i forhold til om, og evt. hvilke, hjelpetiltak skal settes inn.⁶⁵ Man kan ikke flytte barnet ut av hjemmet med den begrunnelse at barneverntjenesten ikke har penger eller kapasitet til å sette inn hjelpetiltak. Det er nødvendigheten av hjelpetiltakene og muligheten for å nå frem med disse som er det sentrale i vurderingen. Ressurshensyn skal ikke tillegges vekt.

Foreldrene vil som oftest være tjent med å samarbeide med barneverntjenesten. Dette vil være til barnets beste. At foreldrene viser en innsats og ønsker å gjøre noe med situasjonen, kan tilsi at det vil kunne bedre situasjonen å sette inn hjelpetiltak, og at vilkårene for omsorgsovertakelse ikke er tilstede. Dette må imidlertid vurderes konkret i hver enkelt situasjon. Det understrekes i forarbeidene at utgangspunktet er samarbeid mellom foreldrene og barneverntjenesten, men at det i visse tilfeller kan bli aktuelt å sette inn tiltak mot foreldrenes vilje.⁶⁶

Det kan stilles spørsmål ved om foreldrene har noen reell valgmulighet i forhold til å samarbeide med barneverntjenesten om hjelpetiltak. Dersom de ikke samarbeider, vil resultatet ofte bli at det fremmes forslag om omsorgsovertakelse. Foreldrene kan nærmest bli tvunget til å samarbeide med barneverntjenesten. Det at foreldrene ikke samarbeider med barneverntjenesten om gjennomføringen av hjelpetiltak er imidlertid i seg selv ikke nok til at det kan fattes vedtak om omsorgsovertakelse. Vilåårene i § 4-12 må uansett være oppfylt. Under lovforberedelsen ble det derfor lagt liten vekt på at foreldrene i praksis ikke har noen særlig annen mulighet enn å samarbeide med barneverntjenesten.⁶⁷

⁶⁵ Innst.O.nr. 80 (1991-1992) s. 15

⁶⁶ Innst.O.nr. 80 (1991-1992) s. 15

⁶⁷ NOU 1985: 18 s. 147 og Ot.prp.nr. 44 (1991-1992) s. 31

Det er et vilkår at det kan skapes ”tilfredsstillende forhold for barnet” gjennom å sette inn hjelpetiltak. Etter en naturlig språklig forståelse kreves ikke at situasjonen for barnet blir optimal, men at forholdene i hjemmet heves til et akseptabelt nivå. Man krever ikke det ideelle for å hindre at omsorgsovertakelse finner sted. Utgangspunktet her vil nok være hva man anser som normal og forsvarlig omsorg, som de fleste barn har grunn til å forvente av sine omsorgspersoner. Dette gjelder både i forhold til praktisk og fysisk omsorg, så vel som psykisk og emosjonell omsorg.

Bvl § 4-4 regulerer adgangen til bruk av hjelpetiltak samt hvilke hjelpetiltak som kan iverksettes. Det faller utenfor oppgaven å gå grundig inn på § 4-4. Det er imidlertid et vilkår at barnet har et særlig behov for hjelpetiltak pga. forholdene i hjemmet eller av andre grunner. Det kreves altså at barnet har et behov utover det som er normalt for barn i alminnelighet⁶⁸. Dersom vilkårene foreligger har barneverntjenesten en plikt til å sette inn hjelpetiltak. Listen over hjelpetiltak i § 4-4(2) er ikke uttømmende, jf. begrepet ”f.eks.”. Listen gir kun eksempler på hjelpetiltak som kan iverksettes. § 4-4 gir hjemmel både for å sette inn tiltak hvor foreldrene samarbeider og for å sette inn tiltak mot foreldrenes vilje.

Det må vurderes konkret i hver enkelt situasjon hva slags hjelpetiltak som er det riktige og vil være aktuelt å sette inn. Det som er riktig overfor et barn, er ikke nødvendigvis riktig overfor et annet. Barneverntjenesten står ganske fritt i vurderingen av hva slags hjelpetiltak som skal iverksettes, så sant vilkårene for å sette inn hjelpetiltak er oppfylt.

Etter § 4-12 skal også §§ 4-10 og 4-11 vurderes. Disse gjelder medisinsk undersøkelse og behandling (§ 4-10) og behandling av barn med særlige behandlings- og opplæringsbehov (§ 4-11). Disse to bestemmelsene er behandlet i pkt. 4.2.3. Tiltakene etter disse to bestemmelsene er litt annerledes enn hjelpetiltakene i § 4-4. §§ 4-10 og 4-11 henger sammen med en spesifikk situasjon hos barnet, hvor barnet trenger en spesiell undersøkelse eller behandling. § 4-4 hjemler hjelpetiltak av mer generell karakter, som ofte går mer på

⁶⁸ Lindboe (2009) s. 44

forholdene i hjemmet. Like fullt vil tiltak etter §§ 4-10 og 4-11 måtte være forsøkt eller vurdert som nytteløse på samme måte som tiltak etter § 4-4 for at vilkåret i § 4-12(2) skal være oppfylt. Om det er § 4-4, § 4-10 eller § 4-11 som er mest aktuell å vurdere, vil komme an på den konkrete situasjonen.

4.2.7 Helhetsvurdering/ barnets beste vurdering

Selv om vilkårene i § 4-12(1) og (2) er oppfylt, skal omsorgsovertakelse ikke automatisk finne sted. Det skal foretas en helhetsvurdering med utgangspunkt i barnets beste, § 4-1. Dette følger av ordet ”kan” i innledningen til § 4-12. Denne vurderingen blir ofte omtalt som ”barnets beste - vurderingen”. Det vil bero på en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle om vedtak om omsorgsovertakelse skal fattes, selv om vilkårene i § 4-12 for øvrig er oppfylt. Tiltak som ikke vil være til barnets beste, skal ikke settes i gang.

Barnets beste vil alltid være avgjørende for om det skal fattes vedtak om omsorgsovertakelse. Dersom det er tvil om barnet vil få det bedre etter en omsorgsovertakelse, skal det ikke fattes vedtak.

Ofte er ikke vurderingen problematisk. Så lenge man har kommet til at vilkårene i § 4-12 for øvrig er oppfylt, vil en omsorgsovertakelse ofte være til barnets beste. Dette ble bl.a. uttalt i Rt. 1987 s. 289⁶⁹. Dette er imidlertid ikke mer enn et utgangspunkt. Barnets beste må alltid vurderes konkret til tross for at vilkårene i § 4-12 ellers er oppfylt.

Barnets beste er behandlet i pkt. 2.4, og det vises til dette punktet.

⁶⁹ Rt. 1987 s. 289 s. 301

5 Avslutning

Utgangspunktet er at barn skal vokse opp hos sine biologiske foreldre. Det er kun dersom visse angitte vilkår er oppfylt at det kan gjøres unntak fra utgangspunktet. Det er disse inngrepsvilkårene som har vært hovedfokus i oppgaven. Oppgaven har søkt å klarlegge innholdet i de materielle vilkårene i bvl § 4-12.

I tillegg til at vilkårene i § 4-12 må være oppfylt for at omsorgsovertakelse kan finne sted, må de ulike prinsippene som er behandlet i pkt. 2 trekkes inn i vurderingen og veies i forhold til hverandre. Alle de ulike prinsippene er forsøkt ivaretatt gjennom lovens vilkår, og særlig barnets beste er fremhevet som viktig, jf. § 4-1. Barnets beste står som en overordnet retningslinje i barnevernretten. Barnets beste er viktig å ha som en retningslinje, da prinsippene delvis kan trekke i forskjellige retninger.

Avveiningen mellom det biologiske prinsipp og barnets beste er vanskelig og viktig. Barnevernloven skal først og fremst sikre at alle barn vokser opp under forsvarlige forhold. I norsk rett står imidlertid hensynet til foreldrene også sterkt, noe som kan føre til at det skal mer til før vilkårene er oppfylt. Dette kan ramme barna på en uheldig måte. Balansen mellom barnevern og foreldrevern er umulig å få til slik at alle parter blir fornøyd.

Ettersom en omsorgsovertakelse er svært inngripende overfor de involverte, er det forståelig at det skal mye til før man gjør unntak fra utgangspunktet. Da blir det viktig at barnets beste skal gis avgjørende vekt i barnevernsaker, jf. bvl § 4-1. Det er som regel barna som er de mest sårbare i disse sakene, og hensynet til barnets beste bør veie tyngre enn hva hensynet til foreldrene gjør. Det kan også virke støtende på folks alminnelige rettsfølelse at hensynet til foreldrene av og til veier så tungt som det gjør. Hvordan de ulike prinsippene skal vektles, er en stadig pågående diskusjon. I dag er tendensen at barnets beste vektlegges tyngst, noe som også er i samsvar med lovens § 4-1.

Man må stole på at hensynet til alle parter blir godt ivaretatt i den konkrete vurderingen som gjøres i hver enkelt sak. Det er en grundig gjennomgang som alltid skal foretas, og

dette skal i de fleste tilfeller gi et riktig og godt resultat. Som mange av eksemplene i oppgaven har vist, blir resultatet ofte omsorgsovertakelse. Dette viser at barnets beste veier tungt. Selv om vilkårene er strenge, vil de likevel ofte være oppfylt. Selv om vurderingene og balansegangen er vanskelig, må fylkesnemnda eller retten foreta et valg.

Minste inngreps prinsipp er også presisert i loven, jf. § 4-12(2). Dette prinsippet er sjelden problematisk i praksis, og det må derfor antas at dagens system stort sett fungerer slik det skal. Også legalitetsprinsippet må antas å være oppfylt i barnevernsaker, ettersom inngrep ikke kan finne sted uten at lovens vilkår er oppfylt. Vilrårene er så klare og presise som det er mulig å få til i saker som dette, ettersom skjønn alltid vil spille inn.

Alt i alt må vilrårene kunne sies å ivareta de ulike parter's interesser og balansere de ulike hensynene på en tilfredsstillende måte. Dette underbygges også av de saksbehandlingsreglene som loven oppstiller. Disse reglene er viktige for å ivareta partenes rettssikkerhet og sikre en betryggende prosess. Saksbehandlingsreglene blir særlig viktige i barnevernretten, ettersom de materielle vilrårene er så skjønnsmessige som de er.

6 Litteraturliste

Se <http://www.ub.uio.no/ujur/henvisninger/>

Bøker m.m.

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 8. utgave, Oslo 2006 (Eckhoff 2006)

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave v/ Jan E. Helgesen, Oslo 2001 (Eckhoff 2001)

Kjønstad, Asbjørn og Aslak Syse, *Velferdsrett I*, 3. utgave, Oslo 2005 (Kjønstad 2005)

Lindboe, Knut, *Barnevernrett*, 5. utgave, Oslo 2008 (Lindboe 2008)

Lindboe, Knut, *Barnevernloven*, 6. utgave, Oslo 2009 (Lindboe 2009)

Ofstad, Kari og Randi Skar, *Barnevernloven med kommentarer*, 5. utgave, Oslo 2009 (Ofstad 2009)

Søvig, Karl Harald, *Barnets rettigheter på barnets premisser – utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett*, Bergen 2009 (Søvig 2009)

Tjomsland, Steinar (red.), *Barnevern og omsorgsovertakelse*, 2. utgave, Oslo 2003 (Tjomsland 2003)

Tvedt, Morten Walløe, *Hvordan forstå materiell forvaltningsrett*, Oslo 2005 (Tvedt 2005)

Artikler

Lindboe, Knut. *Hensynet til barnets beste*. I: Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernfaglige spørsmål. 2003. S. 115-126 (Lindboe 2003).

Lindboe, Knut. *Om beviskravet i barnevernsaker*. I: Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernfaglige spørsmål. 2007. S. 177-185 (Lindboe 2007).

Loftsgaard, Lotte Pernille og Kristin Alstad. *Menneskerettighetsdomstolens avgjørelser i saker om offentlig omsorgsovertakelse av barn*. I: Barnevern og omsorgsovertakelse (Tjomsland, red.). 2. utgave, 2003. S. 69- 115 (Loftsgaard 2003)

Stenwig, Elisabeth og Steinar Tjomsland. *Rettspraksis om barnevern*. I: Barnevern og omsorgsovertakelse (Tjomsland, red.). 2.utgave, 2003. S. 21-68 (Stenwig 2003)

Lover

1992 Lov om barneverntjenester (bvl) av 17. juli 1992 nr. 100

1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (fvl) av 10. februar 1967

1981 Lov om barn og foreldre (bl) av 8. april 1981 nr. 7

1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (mrl)
av 21. mai 1999 nr. 30

1999 Lov om pasientrettigheter (prl) av 2. juli 1999 nr. 63

2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvl) av 17. juni 2005 nr. 90

Konvensjoner

1950 Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK)

1966 FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)

1966 FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK)

1989 FNs konvensjon om barnets rettigheter (BK)

Forarbeider og etterarbeider

NOU 1985:18	Lov om sosiale tjenester m.v.
Ot.prp. nr. 44 (1991-1992)	Om lov om barneverntjenester
Innst.O. nr. 80 (1991-1992)	Innstilling fra forbruker- og administrasjonskomiteen om lov om barneverntjenester
St.mld. nr. 39 (1995-1996)	Om barnevernet
NOU 2000:12	Barnevernet i Norge
Ot.prp. nr. 69 (2008-2009)	Om lov om endringer i barnevernloven
Ot.prp. nr. 104 (2008-2009)	Om lov om endringer i barnelova m.v.

Praksis

HØYESTERETT

Rt. 1982 s. 764
Rt. 1984 s. 77
Rt. 1984 s. 289
Rt. 1986 s. 1189
Rt. 1987 s. 289
Rt. 1990 s. 657
Rt. 1991 s. 624
Rt. 1991 s. 668
Rt. 1994 s. 568
Rt. 1995 s. 350
Rt. 1996 s. 1203
Rt. 1999 s. 1883
Rt. 2002 s. 327
Rt. 2002 s. 875
Rt. 2005 s. 1567
Rt. 2006 s. 1308

LAGMANNSRETT

RG. 2001 s. 761	Borgarting lagmannsretts dom av 8.12.2000
LH-2003-310	Hålogaland lagmannsretts dom av 10.11.2003

FYLKESNEMNDA FOR BARNEVERN OG SOSIALE SAKER

FNV-2004-67-TRL	Fylkesnemnda i Sør- og Nord-Trøndelags vedtak av 4.6.2004
FNV-2005-213-HSF	Fylkesnemnda Hordaland/ Sogn og Fjordanes vedtak av 13.2.2006
FNV-2007-60-TRO	Fylkesnemnda Troms og Finnmarks vedtak av 29.5.2007
FNV-2007-189-HSF	Fylkesnemnda Hordaland/ Sogn og Fjordanes vedtak av 22.11.2007
FNV-2007-270-OSL	Fylkesnemnda Oslo og Akershus' vedtak av 22.8.2007
FNV-2007-391-ROG	Fylkesnemnda Rogalands vedtak av 20.6.2008
FNV-2008-134-MRO	Fylkesnemnda Møre og Romsdals vedtak av 16.1.2009
FNV-2008-183-OSL	Fylkesnemnda Oslo og Akershus' vedtak av 21.5.2008
FNV-2008-188-AGD	Fylkesnemnda Agders vedtak av 29.12.2008
FNV-2009-24-OPP	Fylkesnemnda Oppland og Hedmarks vedtak av 18.2.2009
FNV-2009-25-OPP	Fylkesnemnda Oppland og Hedmarks vedtak av 21.4.2009
FNV-2009-75-OSL	Fylkesnemnda Oslo og Akershus' vedtak av 31.3.2009
FNV-2009-94-OPP	Fylkesnemnda Oppland og Hedmarks vedtak av 30.6.2009
FNV-2009-327-OSL	Fylkesnemnda Oslo og Akershus' vedtak av 8.9.2009

EMD

Olsson v. Sweden I	Case of Olsson v. Sweden I, March 24 1988, Application no. 10465/83
Bronda v. Italy	Case of Bronda v. Italy, June 9 1998, No. 40/1997/824/1030
Johansen v. Norway	Case of Johansen v. Norway, June 27 1996, No. 24/1995/530/616

Andre kilder

www.barneombudet.no

www.lovdatab.no

www.reettsdata.no

www.ssb.no

